

**EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA:
ANÁLISIS ETNOGRÁFICO DE LA LEY**

VANESA ROCZEK GÓMEZ

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO
DE ANTROPÓLOGA**

**ASESORA:
SOFÍA BOTERO PÁEZ**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS
DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGÍA
MEDELLÍN, ABRIL, 2016**

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a todas aquellas personas que hicieron posible el desarrollo de la investigación, principalmente a mis padres: José Roczek y Amparo Gómez. Del mismo modo a aquellas que compartiendo conmigo experiencias laborales, conversaciones, discusiones y conocimiento: Aida Castillo, Nathaly Vergara, Jorge Bolaños, Juan Esteban Torres y Wilmar Ramírez. A Marcel Ospina, Laura Reina, Nataly Gómez, Elisa Calvo, Ana Maria Sossa, Geraldine Sepúlveda, a Rodolfo Vera y Daniel Diez por el apoyo. Cada uno contribuyó a enriquecer y afianzar la ruta que iba tomando la investigación y desarrollo un papel fundamental durante todo el proceso investigativo.

Del mismo modo, agradezco a la profesora Sofía Botero que además de contribuir enormemente al desarrollo del proyecto, fue una gran compañía durante este proceso tan complejo, al igual que el profesor Ramiro Delgado. Extiendo mi agradecimiento al Departamento de Antropología y la Universidad de Antioquia por todo el aprendizaje durante mi proceso en estos años de formación.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
Metodología	7
El Estado como objeto de estudio	7
La ley como herramienta de trabajo	9
1. PANORAMA CONCEPTUAL	11
1.1 El concepto de Estado	12
1.2 Los servicios públicos y el Estado.....	17
1.3 Contratar con el Estado: lo público y lo privado	20
2. EL DERECHO GLOBAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	22
2.1 Derecho administrativo global	22
2.2 Acuerdos internacionales y apertura económica.....	25
2.2.1 Principios internacionales	27
2.3 La contratación pública según la Organización Mundial de Comercio	29
3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.....	32
3.1 Colombia como Estado social de derecho	33
3.2 Genealogía de la normativa contractual.....	35
3.2.1 Liberalismo clásico	36
3.2.2 Intervencionismo de Estado.....	39
3.3 Estatuto general de la contratación pública.....	41
3.3.1 Ley 80 de 1993.....	41
3.3.2 Primeras modificaciones	48
3.3.3 Ley 1150 de 2007.....	51
3.3.4 Decreto 2474 de 2008.....	53
3.3.5 Otras modificaciones.....	54
4. OPERATIVIDAD DE LA LEY	56
4.1 Entidades públicas.....	56
4.2 Principios rectores	57
4.2.1 Transparencia	58

4.2.2 Publicidad.....	59
4.2.3 Economía	60
4.2.4 Responsabilidad.....	61
4.2.5 Selección objetiva	62
4.2.6 Planeación:.....	62
4.2.7 Mantenimiento de la ecuación contractual:.....	63
4.3 Modalidades de selección	63
4.3.1 Licitación pública.....	64
4.3.2 Menor y mínima cuantía.....	64
4.3.3 Concurso de méritos	66
4.3.4 Selección abreviada.....	66
4.3.5 Contratación directa	67
4.4 Clasificación de los contratos	67
4.4.1 Contrato de obra:	68
4.4.2 Contrato de consultoría.....	68
4.4.3 Contratos de prestación de servicios.....	68
4.4.4 Contratos de concesión	69
4.5.1 Etapa pre contractual.....	69
4.5.2 Etapa contractual	71
4.5.3 Etapa post contractual	72
4.6 Contratar con el Estado: problemas jurídicos.....	72
5. CONSIDERACIONES FINALES	78
5.1 Sobre lo estatal	78
5.2 Sobre lo internacional	79
5.3 Sobre lo normativo.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	85

Resumen

El propósito del presente trabajo es analizar el cuerpo normativo del sistema de contratación pública, concentrado en la ley 80 de 1993, sus modificaciones y adiciones posteriores; sistema con el cual se proveen bienes y servicios, en base al modelo de Estado social de derecho, en el que se enmarca Colombia desde 1991 y donde prima el bien común como finalidad del Estado.

Contrapongo el estudio de la normativa desde su concepción internacional y la operatividad local, para pensar la ley como expresión concreta de la actividad estatal, problematizando su estructuración en aras del bien común pero su cumplimiento desde el sistema de libre mercado y competencia entre empresas privadas. La idea central de la investigación es presentar el estudio de la ley como herramienta de trabajo de la antropología y como una forma de lectura de la actividad estatal.

Palabras claves:

Contratación pública, ley 80, Estado, Estado social de derecho, bienes y servicios, bien común, empresas privadas.

INTRODUCCIÓN

Estando por fuera de la universidad por casi dos años, comencé a trabajar en una empresa privada dedicada a contratar proyectos sociales relacionados con investigación y educación en Medellín y los municipios cercanos, en esta empresa me desempeñe como auxiliar de investigación, por varios meses, teniendo mis primeros acercamientos al sistema de contratación pública, aunque de manera muy superficial, conocí el modelo, sabía que los proyectos le pertenecían a entes administrativos estatales, pero por la clase de funciones que desempeñaba no me acerque en profundidad al tema. Una vez terminado un contrato con aquella empresa fui contactada por una firma de ingenieros civiles quienes requerían de una persona con alguna experiencia en trabajo con comunidades y con disponibilidad para residir de manera permanente en un municipio a varias horas de Medellín. Al aceptar la propuesta realice por siete meses la gestión social de tres proyectos de infraestructura, labor derivada de la necesidad de socializar y dar manejo al impacto que generan las obras de infraestructura. Entre los deberes del cargo estaba asistir a comités de obras, reuniones con la alcaldía, socializaciones de otros proyectos y rendiciones de cuentas; por lo que pude adentrarme mucho más en el funcionamiento del sistema de contratación y en la relación de las empresas privadas en los proyectos estatales.

Mi interés particular en el tema surgió, más allá de experiencia laboral, debido al completo desconocimiento sobre la participación y el accionar de las empresas privadas en la ejecución de proyectos, planes de gobierno y políticas públicas; por el interés en conocer y estudiar la ley; y de las inquietudes sobre los campos de acción en mi formación profesional. La experiencia laboral no estuvo relacionada en un inicio, con el trabajo de grado, pero al reingresar a la universidad, estaba próxima a terminar con el contrato y junto a la profesora Sofía Botero, vimos la posibilidad de aprovechar esa experiencia como trabajo de campo y sacar de allí material de estudio. Tras empezar diseño de proyecto, continúe trabajando hasta finalizado el contrato, pero fui contratada de nuevo por la primera empresa con la que trabajé, donde busque vincularme más afondo en el proceso presentación de propuestas para contratar.

Mi propósito fundamental es analizar el estatuto general para la contratación pública (ley 80 de 1993 sus modificaciones y adiciones), estudiar la ley desde su lugar como herramienta jurídica, manifestación concreta de la actividad estatal y presentarla como un instrumento de trabajo a la hora de pensar el funcionamiento del Estado. Son muchas las razones por las que no hablo de los lugares, los contratos o las empresas, la intención de este trabajo es analizar la normativa de un sistema

encargo de las adquisiciones de bienes y servicios, pero las implicaciones éticas fueron el motivo principal por el cual no narró detalladamente lo vivido en campo.

Metodología

Esta investigación, al partir de unas experiencias laborales previas, tuvo un proceso y unas dificultades particulares. En un principio, y buscando concentrar la información se delimitó al campo de los contratos de infraestructura, para así enfocar la información y dar paso a sistematización de la información en forma de relato etnográfico, lo cual exigió un exhaustivo trabajo de recopilación y síntesis para que la experiencia fuera tomada como material de investigación. La elección por sistematizar solo las experiencias de los contratos referentes a la infraestructura, se dio por ser un área bastante compleja; compuesta de un mayor número de elementos si la comparó con otras áreas y otros contratos en los que se había participado. La complejidad a la que me refiero se basaba en la diversidad de los montos, los tipos de contratos, los tiempos de ejecución, las entidades que manejan los contratos y la prioridad que esta área tiene en los planes de gobierno de las entidades estatales. Elegir esta área apuntaba principalmente a realizar la investigación con la mayor cantidad de elementos posibles.

Una vez se seleccionó el área de infraestructura como punto de partida de análisis, se realizó la sistematización de la experiencia laboral por medio de relatos etnográficos, los cuales buscaron realizar una introspección teórico - práctica sobre los procesos laborales vividos y sobre el campo estatal en que se desenvolvían. Me centré de alguna manera, en las discusión presenten en: el antropólogo como autor de Clifford Geertz (1988) y en Rosana Gubert (2011), auscultando en los relatos, una estrategia para la comprensión de la realidad social estudiada, y de igual forma tener una base para realizar revisiones exploratorias de temas adyacentes. Terminada la sistematización de la experiencia laboral, el proceso investigativo posterior se concentró en realizar revisiones bibliográficas; definir conceptos teóricos claves; explorar la normativa internacional; y buscar un lugar desde donde poder leer, procesar y analizar la ley, por lo que cual, fue necesario acudir a textos sobre derecho administrativo y teoría política, ya que las referencias jurídicas eran muy recurrentes pero casi por completo desconocidas. Por ultimo entre al periodo de escritura, donde plasme todas las consultas, referencias y análisis de la ley.

El Estado como objeto de estudio

Proponerse pensar el Estado significa exponerse a retomar por cuenta propia un pensamiento de Estado, a aplicar al Estado unas categorías de pensamiento producidas y avaladas por el Estado, por lo tanto a no reconocer la verdad más fundamental de éste (Pierre Bourdieu, 1997, 91)

Aunque el Estado no ha sido un objeto clásico de estudio antropológico, en las últimas décadas se han realizado investigaciones importantes centradas en él. Contrario a lo que sucede en sociología donde el Estado ha tenido un lugar protagónico desde los conceptos de Weber (1964), como un ente burocrático - administrativo dotado del uso legítimo de la fuerza; la antropología se ha preocupado principalmente de “ir a buscar al Estado” en ámbitos no convencionales, en lugares en los no se habían pensado sus formas y prácticas. En términos más generales, como lo expresa Paula Mussetta, (2009) preguntarse por el Estado en antropología es estudiar sus componentes desagregados, su contexto y sus relaciones, ya el Estado no puede ser considerado como un actor, con la coherencia, agencia y autonomía que ha presumido, sino que requiere verlo más allá de las instituciones; entenderlo como un proceso. Principalmente en América latina se fomentó el estudio del Estado vinculado campos tradicionales, como el trabajo con comunidades indígenas.

A partir de la década del 90, tal como lo expresa el antropólogo Salvador Schavelzon (2010) debido a las reformas “multiculturales” se marcaron cambios constitucionales, los cuales desencadenaron una mayor interacción entre la antropología y el Estado:

En la última década, fue la llegada de gobiernos progresistas al Estado lo que abrió nuevos espacios para la investigación, a partir de un creciente interés por el Estado por parte de los investigadores y, también, porque grupos sociales “objetos tradicionales de investigación” intensificaron su interacción con el Estado o fueron alcanzados por sus políticas. Esto último incentivó la incentivación de la antropología “técnica” que aporta a la gestión pública con insumos de consultoría o de análisis de experiencias de gobierno; pero también incentivó discusiones del campo académico y de la antropología teórica (Schavelzon, 2010, 4).

Estas reformas afianzaron en América latina o un estudio del Estado o una Antropología del Estado como sub-campo, centrada en el estudio de la soberanía, la participación de comunidades indígenas y afrodescendientes en procesos políticos y la introducción de conceptos como interculturalidad y plurinacionalidad en las constituciones. Se abordan de igual forma, debates sobre el Estado-Nación,

la relación Estado - colonialismo y la autonomía. Esta forma particular de mirar al Estado se da principalmente por la necesidad de entenderlo más allá de los conceptos y lugares comunes:

[...] la idea de que la plurinacionalidad obliga, obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, como vamos a ver, es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado(Sousa Santos, 2009, 202).

El modelo, la interacción y la jerarquización del Estado no se encuentran hoy por hoy consensuados, se han modificado los límites y las capacidades estatales, han entrado al ruedo nuevos actores y se han hecho evidentes muchos otros, por lo que es necesario abordarlo desde múltiples campos.

La ley como herramienta de trabajo

Contrario a lo sucedido con el Estado, la antropología no tiene una relación nueva con la ley. Aunque la ley pareciera, para muchos, un tema exclusivo del derecho, ha sido de gran interés para muchas disciplinas, entre ellas la antropología con la cual tiene una relación desde sus orígenes. Como lo presentan René Kuppe y Richard Potz (1995) en la primera antropología, es decir en la antropología evolucionista de principios del siglo XIX, como la de Henry Maine o Albert Hermann, se presentaba un rasgo común: se intentó incluir el material “etnográfico” en la ciencia jurídica general con el fin de explicar las instituciones jurídicas, a partir de contextos socioculturales y no, desde conciencias individuales.

De allí en adelante el estudio de la ley, continuó siendo un elemento central en la tradición antropológica, se resaltan textos como: Crimen y costumbre en la sociedad primitiva de Bronisław Malinowski (1978); Política, derecho y ritual en la sociedad tribal de Max Giuckman (1978); o la Ley primitiva de Robert Redfield (1941). Pero, según Esteban Krotz (2002) esa cercanía e interacción entre el estudio de la ley y antropología se fue desvaneciendo; en primeros lugares por la consolidación del derecho y la antropología como disciplinas propias y separadas:

Este distanciamiento fue fruto de la especialización del conocimiento científico en todas sus áreas. En la actualidad la lejanía entre las dos disciplinas se expresa asimismo en que en las carreras universitarias de antropología el tema de la ley suele ser inexistente y en que en las carreras de leyes no se suele atender sistemáticamente ni el derecho consuetudinario ni los sistemas y costumbres legales indígenas (Krotz, 2002, 16 -17).

En segundo lugar, particularmente en América latina, por la situación política que disolvió el interés por estudiar fenómenos socioculturales como parte del orden jurídico y estatal:

El establecimiento de dictaduras militares en tantos países de la región contribuyó a que ni la teoría de la dependencia ni la del colonialismo interno se ocupan del estudio de aspectos legales. Usualmente el derecho, cuando era mencionado, era denunciado como instrumento de dominación sin más. Los intentos de refundar la democracia en muchos países de la región, que fueron atravesados poco después en varios de ellos por la incipiente movilización indígena (Krotz, 2002, 22).

Por ultimo Krotz (2002), ha señalado de manera puntual la trascendencia de estudiar «lo jurídico» y la necesidad de retomar su estudio en la antropología, llamando la atención en que, aunque esa abrumadora mayoría de estudios antropológicos sobre los «otros» han servido para su dominación, cuando se estudia al derecho, a la ley y al sistema jurídico se puede jugar un papel relevante en la transformación de la sociedad.

1. PANORAMA CONCEPTUAL

La contratación pública es una de las actividades más importantes para el funcionamiento estatal, en tanto es el mecanismo con el cual el Estado provee bienes y servicios a la sociedad y garantiza el funcionamiento de gran parte de sus entidades. Para analizar el campo normativo que regula esta actividad es importante primero definir algunos conceptos desde donde parte su estructuración. Sin pretender hacer un recorrido detallado, lo que intento más bien, es presentar una aproximación a las nociones fundamentales, iniciando entonces, con la definición de Estado, el modelo de Estado social de derecho, la conceptualización de servicio público y finalizando con la definición de contrato estatal.

Trabajo este capítulo desde la teoría política y la administración pública buscando un lugar para explicar las bases de unos conceptos que han tenido un panorama bastante extenso de estudio, y que además tienen un sentido práctico particularmente tratado por ambas disciplinas. Claro está que estos planteamientos no son tomados a la ligera, cabe resaltar como lo expresa Boaventura de Sousa Santos que “[...] la teoría política es mono cultural, tiene como marco histórico la cultura eurocéntrica que se adapta mal a contextos donde esta cultura tiene que convivir, de una manera o de otra, con culturas y religiones de otro tipo, no occidentales” (Sousa Santos, 2009, 196). Pero la intención es tomar un lugar definido desde la actividad gubernamental oficial y así etnografiar la ley.

Para definir al Estado utilizó principalmente los aportes del politólogo argentino Ernesto Aldo Isuani (1984) quien hace un excelente recorrido por tres nociones del concepto Estado, desde algunos de los pensadores más destacados. De igual manera, acudo a los textos de la docente argentina María Alejandra Perícola (2013) y del abogado Agustín Alberto Gordillo (2013), quienes desde la teoría de Estado hacen un recorrido histórico del posicionamiento del concepto académicamente; sus aportes son puestos a discutir con la visión de Norberto Bobbio (1989) desde el texto Estado, Gobierno y Sociedad, ya que este autor presenta un punto de vista más filosófico. En última instancia sobre el Estado, trabajo una corta presentación de los modelos aplicables a Colombia, por medio de la contribución del abogado colombiano Juan Fernando Silva Henao (2012).

Para el concepto de servicio público utilizo tres aportes: en primer lugar el trabajo del profesor de la Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata (2005) quien analiza a los primeros estudiosos del tema como Léon Duguit, Gaston Jéze, Roger Bonnard y Louis Rolland; en segundo lugar, Manuel Fraga (2000) desde el derecho administrativo, quien posee una definición clara y algunas

relaciones interesantes entre la actividad pública y la actividad privada. Por último, la referencia de Tomas Maldonado (2010) quien además de relacionar directamente los servicios públicos con el Estado social de derecho, se cuestiona por el caso colombiano.

El último concepto es el de contrato estatal, para el que traigo las contribuciones del profesor y doctor en derecho administrativo Ernesto Jinema Lobo (2011) y del tratadista argentino José Roberto Dromi (2004), ambos autores se ocupan del derecho administrativo; Jinema desde el ámbito global y aplicado y Dromi desde lo puramente académico. Complementando los conceptos, están presentes las proposiciones del jurista argentino Juan Carlos Cassagne (1992), quien maneja una argumentación clara, articulada y un lenguaje sencillo a la hora de hacer sus recorridos entre las nociones, postulados y procesos de la actividad estatal.

1.1 El concepto de Estado

Definir al Estado es una tarea muy compleja, se trata de definir un concepto que ha significado y significa una gran variedad de cosas y que ha sido abordado por una gran variedad de autores. Para algunos pensadores de la teoría política, el Estado es una entidad, una racionalidad omnipresente y expandida, más allá de las instituciones de gobierno; por lo que para definir al Estado se debe buscar en las ideologías. Para otros, es una construcción hecha a partir de las relaciones y las prácticas sociales, no es un concepto que sirva siquiera para pensar instituciones de gobierno. En este caso, la intención no es hacer un recorrido histórico detallado, sino presentar las nociones básicas que han surgido al rededor del concepto. Cabe resaltar que la teoría política como expresa Juan Carlos Cassagne (1992) en el texto Bases del derecho administrativo, no representa el conocimiento del Estado en singular, sino una aproximación a compendios frecuentes del concepto:

La propia naturaleza de la realidad política, constituida por actos humanos, demuestra que cada Estado posee, en la civilización occidental y cristiana, una singularidad y especificidad que lo diferencia de otro y, al propio tiempo, que existen notas generales que permiten hallar un concepto objetivo y concreto del Estado histórico al presentar elementos y funciones comunes.[...] Como se ha advertido, la Teoría del Estado no representa el conocimiento de un Estado singular, sino de un tipo general de Estado, válido para todo un grupo de comunidades jurídicamente organizadas (Cassagne, 1992, 38-39).

Esto implica conocer unos elementos comunes, que es precisamente como ubico el trabajo del Ernesto Aldo Isuani (1984), un académico argentino doctorado en

ciencias políticas, quien explica la existencia de tres nociones conceptuales básicas sobre el Estado, nociones con elementos comunes pero que no son estáticas y permiten cada una entender matices del concepto. En la primera noción, el Estado es visto como una asociación; en la segunda como dimensión de la sociedad; y en la tercera como un aparato para la administración, el gobierno y la coerción.

La primera noción que presenta Aldo, es el Estado como asociación o comunidad, noción que adquirió su más pura formulación en las teorías del contrato social, con Hobbes (1977), Locke (1960) y Rousseau (1950).

Según los más prominentes teóricos del contrato social, los individuos acuerdan en crear una entidad social para vencer las desventajas de un real o hipotético “Estado de naturaleza”. Para atender a esa meta, ejecutan un contrato por el cual un “Estado civilizado” es generado. Después de la “firma” del pacto, el nuevo Estado se vuelve una asociación compulsiva. Más allá del término “Estado”, otros términos son usados por diferentes autores para designar la entidad surgiendo del contrato social (Aldo, 1984, 36).

El Estado en este punto de vista, envuelve a los habitantes de un territorio determinado, los cuales requieren instituciones gubernamentales que los regulen, emergiendo entonces, como un pacto entre los miembros de una comunidad determinada, como una entidad conformada por alianzas; con el fin de a acoger a los habitantes de un territorio particular.

El segundo enfoque, se acerca más al concepto de sociedad civil, según Aldo hay una noción de Estado donde la sociedad se opone a unas dimensiones sociales, esté trazado se despliega en la obra de Hegel como complemento a las teorías de contrato social. Es un elemento de la idea ética, donde se trasciende el individualismo y la fragmentación de la sociedad para tratar de aliviar la desigualdad social, es una esfera de la existencia que puede cubrir o puede oponerse a otras esferas:

El Estado es el más alto momento de la vida ética, donde lo universal y lo particular se reconcilian, donde reinan la solidaridad y la identidad, donde el hombre está dispuesto a sacrificarse por el bien de los otros. [...] Los intereses particulares no deben, de hecho, ser puestos de lado o completamente suprimidos; por el contrario, deben ser puestos en correspondencia con los intereses universales y, de ese modo, tanto los particulares como los universales son mantenidos (Hegel, 1977 citado por Aldo, 1984, 40).

El tercer y último enfoque planteado presenta al Estado como un aparato para el gobierno, la administración y la coerción; a diferencia de lo trazado por Hegel, según Aldo, esta noción no tiene una dimensión social abstracta, sino que delinea al Estado como una institución concreta, separada del resto de la sociedad. Se sustenta en el pensamiento marxista clásico (Marx, Engels, Lenin), donde la sociedad delega sus elementos propios, para transformarlos en su existencia política. El Estado es idéntico a las instituciones, un órgano de dominación de clase, un instrumento para la explotación de la clase oprimida, es la administración y la coerción de la sociedad.

Sin embargo, Aldo resalta que hay nociones combinadas resultantes de las interpretaciones que ha tenido el concepto en otros campos. En el caso de la antropología, por ejemplo, sobresalen los trabajos de Antonio Gramsci y Lawrence Krader quienes proyectan una definición que oscila entre la organización gubernamental y la asociación política en un territorio:

El Estado no es una cosa independiente, pero es una institución de la sociedad en la cual el poder político está concentrado y monopolizado (...) es una institución política que definimos como una institución de gobierno (...) una institución de la sociedad, un órgano de la ley central (...) El Estado es una institución que unifica, defiende y controla la sociedad explícitamente (Krader, 1968 citado por Aldo, 1984, 44).

Ahora bien, en el derecho se establece otra noción de Estado, dada desde el ordenamiento jurídico de lo social; parte de la apropiación del problema estatal por parte de los juristas. Norberto Bobbio (1989) es quien explica detalladamente en el texto Estado, Gobierno y Sociedad, como el Estado es una categorización legislativa definida mediante tres componentes constitutivos: el pueblo, el territorio y la soberanía. Para Bobbio el poder soberano es el poder de crear y aplicar el derecho en un territorio, hacia un pueblo. En esta noción se ejerce el poder en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él:

El poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz (legitimidad y eficacia se reclaman mutuamente). El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas

emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines. El pueblo se vuelve el límite de validez personal del derecho del Estado, en cuanto las mismas normas jurídicas solamente valen, salvo casos excepcionales, para determinados sujetos que de tal manera constituyen los ciudadanos del Estado (Bobbio, 1989, 128).

Esta última ilustración, es radicalmente diferente a los tres planteamientos desplegados por Aldo, en tanto Bobbio contempla su definición desde el Estado moderno, es decir un Estado material y aplicado, donde no caben lustres ideales o abstractos, donde el Estado es institucional, real, está tipificado, delimitado y reconocido, tiene un accionar concreto y unas formas jurídicas que lo prescriben.

Esto lleva a explorar la idea del Estado moderno, la cual según María Alejandra Perícola (2013) aparece a partir de 1513 con los razonamientos de Nicolás Maquiavelo. Si bien, de acuerdo con Cassagne, en Grecia y Roma, se puede reconocer unas percepciones subyacentes como polis, civitas, o res publica para aludir a la existencia de comunidad política, no hay propiamente una instrumentación de la estructura jurídica que vinculara a los habitantes con el territorio o que delineen el ejercicio del poder, lo más cercano pudiera ser en el siglo XV el concepto de lo stato¹ utilizado para definir la formación normativa-política en las grandes ciudades italianas del momento (Florencia y Génova). Es solo hasta el siglo XVII con la aparición de los sistemas políticos y filosóficos, que se presenta una dirección política y se toma al Estado como un objeto real en tanto es práctico y es organización jurídica. Para Cassagne y para Perícola es la postura de Maquiavelo la que rompe con las ideas sobre la abstracción del Estado ubicándolo en el plano práctico y por ende marcándolo como un tipo de conceptualización particular:

Maquiavelo se inspira en la realidad política de su época caracterizada por la declinación del orden feudal medieval y la aspiración de la mayoría de las naciones europeas para organizar Estados nacionales y consolidarlos territorialmente; y conceptúa la política como una actividad eminentemente práctica (Perícola, 2013, 253).

En suma, el Estado moderno como pauta de definición hace referencia a su lugar práctico, como ente jurídico que agrupa, administra e interviene la sociedad por

¹ Este concepto se desarrolla en las principales ciudades italianas (Florencia, Genova, etc.) allí surge para designar de forma general la organización jurídica, política, territorial y de gobierno.

medio de actividades, instituciones y leyes, pasando de ser una idea, a ser una organización jurídica práctica; se añade un elemento que lo modifica, clasifica y relaciona, la condición inalienable de la ley, incorporando un componente que lo trasciende en tanto estipula su accionar.

Para Juan Fernando Silva Henao (2012) cuando se producen las revoluciones liberales: la Revolución inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789, se marca un hito histórico de la relación entre el pueblo, el territorio y la soberanía, se originan los derechos de primera generación, los cuales son dispuestos como ley escrita. Reconocer estos derechos tenía como finalidad, liberar al individuo del poder omnímodo y arbitrario del Estado como único poseedor del poder. De acuerdo con Agustín Alberto Gordillo (2013) a partir de los derechos liberales se producen un cambio en la vida política y se reformulan las relaciones Estado - sociedad:

Ya no se dirá que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino, por el contrario, que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer por qué son superiores y preexistentes a él. Comienza una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder (Gordillo, 2013, 41).

Estos derechos se aplicaron a la vida práctica, formaron en sí, un modelo de Estado particular, el Estado de derecho, que obligaba a las instituciones de gobierno a garantizar la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión:

Este tipo de derechos civiles y políticos obtenidos por las luchas de la burguesía en las revoluciones liberales, tienen como finalidad liberar al individuo del poder omnímodo y arbitrario del Estado (Leviatán); sobre estos derechos, se edifica entonces el concepto de Estado de derecho que hoy conocemos con un poder definido y limitado (Seguridad de la libertad y propiedad), el cual se funda en la existencia de unas reglas claramente determinadas que obligan tanto al gobernante como a los gobernados, más no existe un concepto de unidad o corresponsabilidad social, al entender la sociedad, como un simple conjunto de hombres libres, principalmente en materia económica, pero sin obligaciones en favor de otros o del Estado, más allá de respetar la ley el derecho ajeno (Silva. 2012, 145).

Con posterioridad, se ampliaron los conceptos de igualdad, fraternidad y libertad, dando origen al Estado social, que se caracteriza por tratar de mitigar la desigualdad de clases y garantizar un bienestar mínimo, allí se consideró al marginado como un ciudadano con derechos y deberes, el Estado toma entonces como una

obligación inherente a su propia concepción, tratar de eliminar la situación de marginalidad que se venía desarrollando debido a la industrialización.

Por el contrario, explica Silva (2012), el Estado social surge a continuación de la superación del Estado Liberal, los derechos adquieren una dimensión e interpretación diferente, buscan la realización de una vida en relación con el conglomerado social, se muta el auto interés de protección ante los ataques de terceros y el Estado, por el principio de solidaridad (pág.145).

En términos dogmáticos, a partir de la concepción del Estado social se desprende un último modelo de Estado (significativo en este trabajo), el Estado social de derecho, un modelo intermediario entre las interpretaciones resultantes de las revoluciones liberales, y las ideas de mínimo bienestar y bien común. El Estado social de derecho se despliega como un sistema gubernamental que impone a la figura de Estado, la misión de garantizar tanto los derechos de primera generación como los derechos para la subsistencia mínima. Con esta atribución vino el compromiso de al menos mediar el cumplimiento de ambos aspectos y normatizar la prestación de ciertos servicios como la asistencia sanitaria, la salud, la educación pública, la regulación del trabajo, la vivienda digna, el acceso a la recreación entre otros.

1.2 Los servicios públicos y el Estado.

Los servicios públicos tienen una relación directa con la idea de Estado; para el político, diplomático y profesor de derecho, Manuel Fraga (2000) el Estado se presenta constituido por el conjunto de los servicios públicos, un acumulado de actividades que apuntan a satisfacer unas necesidades y deberes, desplegadas tanto para la sociedad, como para el funcionamiento del mismo Estado como organización. Los servicios públicos, no solo hacen referencia a los ordenamientos domiciliarios como: acueducto, alcantarillado o energía eléctrica; estos solo son una de las clases existentes, este concepto también hace referencia a la salud, el trabajo y la educación, vinculándolos fuertemente a las ideas de vida digna, por lo cual aparecen en tratados internacionales de derechos humanos, sujetos a los fines estatales.

Las primeras teorizaciones sobre los servicios públicos, aunque pueden rastrearse desde el mandato de Luis XVI en Francia, toman fuerza e importancia a partir del cambio ideológico en torno a la concepción del hombre como sujeto de derecho y libertades, gracias a la revolución francesa de 1789. Según Alberto Montaña Plata (2005) los principales aportes a la concepción de servicios públicos fueron

realizados pensadores franceses como Léon Duguit, André De Laubadere, Maurice Hauriou, Gaston Jèze, Roger Bonnard y Louis Rolland.

Montaña Plata se concentra en los postulados de León Degruit para plantear la correspondencia directa entre Estado y servicio público, expresando que el ente gobernante buscar el bienestar de sus asociados a través de la prestación de los servicios públicos. De acuerdo con Degruit servicios públicos se define como: “la actividad en la cual su cumplimiento debe estar asegurado por los gobernantes, porque es tal su naturaleza que sólo puede ser realizada completamente por la intervención de la fuerza gobernante” (Montaña Plata, 2005, 142 citando a Duguit, 1927.) En el mismo orden dice Montaña Plata expresa que Louis Rolland, André De Laubadere y Maurice Hauriou agregan a este pensamiento unos principios fundamentales como la continuidad, adaptabilidad, igualdad, neutralidad, moralidad y gratuidad de los servicios cuando son previstos por el ente gobernante.

Apuntando a una definición y de acuerdo a la jurisprudencia francesa, los servicios públicos son un elemento fundamental que busca la satisfacción del interés general, definidos como:

[...] toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental (Fraga, 2000, 21-22)

Fraga considera que la vinculación de la fuerza gubernamental (Estado) con los servicios públicos se da, en tanto hay un régimen jurídico de por medio; se dice que para dar satisfacción regular y continua, al interés general, los agentes públicos (el Estado como organización) deben aplicar procedimientos de derecho público, o sea, un régimen jurídico especial y así ser actividad y norma(pág. 22) Con esto los servicios públicos adquieren una doble dimensión: ideológica como actividad del Estado en aras del bien común; y jurídica en tanto están regulados y amparados legalmente.

En oposición Tomás Maldonado (2010) expresa en su artículo para la revista colombiana actualidad jurídica, La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado social de derecho, que la generalidad del servicio público depende de las prioridades políticas y sociales definidas estatalmente, puesto que, existen innumerables servicios, pero es su enfoque al apuntar por el interés general es la particularidad que los enmarca como un asunto estatal en el Estado social de derecho. Maldonado expresa, además, que si bien la teoría de los servicios públicos

toma fuerza en las ideas de bienestar social propias de la revolución francesa, los antecedentes de este concepto pueden rastrearse desde Luis XVI y el servicio real de correos. Pero la concepción se impuso con fuerza en Francia con el cambio en los modelos estatales, modificando las funciones de las instituciones de gobierno con la sociedad. En un principio, dice Maldonado, el modelo de Estado aplicado se limitaba impartir la justicia, dando un servicio de policía, defensa nacional y recaudando impuestos, pero luego, con el cambio ideológico de las revoluciones liberales se da una mudanza de modelo (Estado de derecho y Estado social) que extendió el interés estatal hacia otros campos como la educación y la salud. Lo interesante que encuentra Maldonado es la vinculación de las entidades privadas desde las primeras apariciones del concepto:

La primera vez que se habló del servicio público en los órganos jurisdiccionales franceses fue en el llamado fallo Blanco, donde se hizo responsable al Estado por el daño causado a los particulares por personas que el Estado emplea en el servicio público. Con relación a esa época en Francia, el servicio público se prestaba directamente por la administración, o mediante concesión a particulares [...] (Maldonado, 2010, 56).

De acuerdo a la jurisprudencia francesa, los servicios públicos son un elemento fundamental que busca la satisfacción del interés general, por lo cual se requiere que los agentes públicos (el Estado como organización) apliquen procedimientos de derecho público (un régimen jurídico especial) para que se les brinden los servicios públicos desde el interés general. Luego de la segunda guerra mundial, los países con el modelo de Estado de bienestar y de derecho, comenzaron a producir marcos normativos especiales y fijaron los principios de igualdad, continuidad, mutabilidad y rentabilidad para los servicios públicos, estos principios ampararon requerimientos socioeconómico liberales como la intervención en la economía por parte del Estado, la participación de particulares y la libre competencia.

Los marcos normativos de los que habla Maldonado se vincularon también con la declaración de los derechos económicos, sociales y culturales, donde se consagra el derecho de toda persona a contar con servicios públicos básicos (artículo 11), lo que los incorpora con los derechos fundamentales, por su papel a la hora de garantizar la vida digna. En este orden de ideas los servicios públicos se proclaman en función de nivelar las desigualdades, económicas, sociales y culturales y se convirtieron en un eje trascendental del Estado social de derecho ya que están ligados estrechamente a las formas en las que el Estado provee los bienes y servicios para garantizar los derechos de primera generación y segunda generación a sus miembros.

1.3 Contratar con el Estado: lo público y lo privado

El último concepto por definir, es el de contrato estatal, concepción que resulta de la relación entre el Estado y un privado, al generarse un compromiso estricto por medio de un acuerdo. Aunque pareciera ser el concepto más sencillo de definir, su complejidad, no recae en la definición como tal, sino en sus implicaciones prácticas e ideológicas.

Por un lado, para Roberto Dromi (2004) el concepto de contrato estatal está definido como una forma jurídica que exterioriza la actividad administrativa, es decir como una de las maneras, aparte de las estipulaciones administrativas, las leyes, las sentencias y los actos políticos, con las que se generan deberes, responsabilidades y obligaciones entre el Estado (administración) y los individuos (administrados) (pág. 291). Por otro lado, los manuales de contratación pública² suelen simplificar la relación de este concepto reduciéndolo desde el derecho privado, como convenio a voluntad realizado por dos o más partes, donde solo se añade el distintivo, de que una de las partes es una entidad estatal.

Pero ambas definiciones son peligrosas; el contrato estatal no puede ser tomado como un “simple contrato” genérico, aplicado a la entidad gubernamental, porque la participación del Estado supone unas exigencias propias y puntuales, además de que entrevé, un modelo jurídico que transita entre lo público y lo privado. Si bien las entidades de gobierno³ al encargarse de realizar actividades concretas como legislar, defender el territorio y prestar o administrar los servicios públicos, pueden adquirir compromisos para su funcionamiento, haciendo necesaria la intermediación de la categoría del contrato; no cualquiera, puede ser la razón para realizar este tipo de acuerdo.

² ABC de la contratación (2010) publicado por el ministerio de transporte; el manual de contratación de la contraloría (2010); el manual de buenas prácticas de la alcaldía de Bogotá (2011) y el manual de contratación de la presidencia (2014).

³ Cuando se habla de una entidad estatal o gubernamental, puede referirse: a entes territoriales como provincias, departamentos, distritos capitales y municipios; también a establecimientos públicos como empresas industriales y comerciales del Estado sociedades de economía mixta, entidades descentralizadas y demás personas jurídicas en donde tenga participación mayoritaria el Estado; de igual manera, hace referencia a todos los organismos jurídicos, legislativos y judiciales como lo son: los ministerios, el senado, la cámara, la fiscalía, la contraloría, o la registraduría.

Contrario a lo expuesto en los manuales colombianos de contratación y a lo planteado por Dromi, para Ernesto Jinesta Lobo (2011) el contrato estatal supone mucho más que tener simplemente como característica distintiva, a una entidad estatal entre las partes involucradas. Para este autor, el uso de los recursos públicos forja obligaciones específicas y exclusivas que no caben dentro de la formalidad de derecho privado. Jinesta aclara que, si bien los contratos privados se rigen por la ley de la autonomía de la voluntad, donde los límites son establecidos y solo es del interés de los participantes; el derecho administrativo anglosajón, poco a poco, ha entendido y decretado, la particularidad jurídica del contrato estatal, disponiendo de un régimen reglamentario adecuado para mediar el uso de los fondos públicos. Según Jinesta, el consumo de estos fondos obliga a que los contratos apunten exclusivamente a cumplir con los fines estatales y sean sometidos a los principios de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato y transparencia (Jinesta, 2011, 23). La diferencia del contrato estatal con el contrato privado, está presente en las obligaciones que se dictaminen para lograr satisfacer los fines estatales, apuntando al bien común y por ende debe ser consecuencia directa del modelo de Estado operante.

2. EL DERECHO GLOBAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las políticas y normas estatales están ligadas a manejos económicos y políticos mundiales; a su vez vinculados a modelos de Estado particulares, como el Estado social de Derecho. Los países son miembros de un sin número de organismos, como Mercosur, Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo; entidades que operan por reglas y acuerdos de ingreso, permanencia y funcionamiento, por lo general superiores a las reglas locales. Las organizaciones de carácter mundial donde los miembros son países o Estados suelen promulgar ordenamientos jurídicos que impactan la legislación local. De estos ordenamientos surge la contratación pública.

La contratación pública exige para su desarrollo una regulación administrativa que ha sido pensada desde organismos de comercio internacional. Para explicar el ordenamiento jurídico y económico de donde procede, se hace necesario hablar del denominado derecho administrativo global y de los acuerdos comerciales internacionales que dieron pauta a su implementación en Colombia; para ello, en este capítulo trazó la ruta: derecho administrativo global - Organización Mundial de Comercio- contratación pública, valiéndome de los aportes académicos del profesor y doctor en derecho administrativo Ernesto Jinesta Lobo (2011), en su texto Derecho internacional de las contrataciones administrativas; además utilizo los documentos oficiales de la Organización Mundial de Comercio.

2.1 Derecho administrativo global

Sobre las bases de la declaración universal de los Derechos Humanos, se han promulgado normas, acuerdos y resoluciones jurídicas de carácter global en gran variedad de temas, la contratación pública es uno de los sistemas que se gestaron dentro de organismos internacionales como modelo de regulación administrativa y comercial referente a las compras que realizan los Estados a las entidades privadas; modelos que se gestan con la integración económica y la globalización. Este tipo de actividades jurídico- normativas es a lo que Jinesta (2011) denomina derecho administrativo global:

La existencia del derecho administrativo global es, al día de hoy, una realidad indudable poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del derecho administrativo interno o nacional esto es así, entre otras razones, porque las categorías y las instituciones del derecho administrativo no están limitadas a unas determinadas y concretas coordenadas espacio-temporales. Más bien, se trata de categorías y conceptos de validez universal, que podrían tener un

sentido o una intensidad diferente según cuál sea el modelo de Estado en el que nos encontremos (Jinesta, 2011,18).

El derecho administrativo global planteado por Jinesta, aunque con fuertes pretensiones universales y bastante idealizado, aterriza en la existencia de cuestiones que escapan a las fronteras nacionales, convirtiéndose en fenómenos globales. Para Jinesta la globalización es un fenómeno que ha llegado al derecho público y a la administración pública, en tanto existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Aunque no exista como tal una administración pública global, ni un poder ejecutivo global, algunos sectores, especialmente los relacionados con comercio y los Derechos Humanos se basan en principios administrativos generales y en el modelo de Estado de derecho para ubicarse en un plano global:

El fenómeno de la globalización, imparabile en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al Derecho Público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente, de la llamada ayuda al desarrollo y muy especialmente, de la contratación pública. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización (Jinesta, 2011, 20).

A lo que se está haciendo referencia es, a la presencia de una realidad global con formas de regulación que proceden de nuevos actores. Los planteamientos clásicos de la teoría política donde se daba una relación Estado- sociedad- individuos, quedan cortos a las nuevas configuraciones; se habla ahora de: sujetos de naturaleza privada, órganos administrativos nacionales, organizaciones híbridas público-privadas con presencia empresarial; de organizaciones no gubernamentales, gobiernos nacionales y organizaciones intergubernamentales, que acarrearán múltiples regulaciones, mediando en la jurisdicción local; según Jinesta, se han desplazado muchas decisiones del espacio nacional al espacio global:

En este contexto, las experiencias de derecho administrativo global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de derecho, que nos permiten hablar de un derecho administrativo global de base principal (Jinesta, 2011, 23)

Siguiendo con lo expresado por Jinesta, ese ordenamiento normativo global parte de la europeización del derecho administrativo, y aunque no es el único modelo, sí se ha instaurado fuertemente hasta el punto de que muchos países, como el nuestro, han importado organismos jurídicos europeos en su totalidad, haciendo de su propio ordenamiento normativo un acoplamiento del europeo. El modelo que se sigue, o que se busca seguir, está fundamentado en la integración entre los países, buscando la creación de una comunidad global. De esta manera como colectividad, van gestando normas generales, aplicándolas de manera particular entre los países miembros:

La europeización del derecho administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del derecho son de aplicación obligatoria en los estados miembros de la Unión, en esa medida el derecho administrativo comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de la administración, esfera de actuación de la administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión (Jinesta, 2011, 25).

El sometimiento normativo que se va expandiendo en el plano global, se debe en gran medida, a la adopción generalizada del modelo de Estado de derecho, ya que pone a los derechos liberales como principios rectores. Estos derechos son inspiradores de una categorización jurídica del poder público en base a las ideas de la libertad del ser humano (primordialmente en el plano económico) mediando la relación entre la administración pública y los ciudadanos. La normativa subyacente

en el sistema de contratación pública, es un ejemplo de este sometimiento, es una construcción jurídica y económica global, fundada en un estándar mercantil estatal con categorías, ideales, conceptos y acciones promulgadas por entidades de orden mundial, que demandan de los Estados miembros, libre mercado en sus políticas económicas, para la integración entre los países. La importancia de revisar las leyes desde su fundamento internacional, yace en que han sobrepasado las limitaciones de un espacio territorial exclusivo; hoy se opera con leyes, estatutos y dinámicas comerciales pensadas mundialmente, de acuerdo a momentos económicos e intereses particulares, que en la aplicabilidad impactan hasta a los entes territoriales locales más minúsculos.

En el caso de la contratación pública global han sido precisamente los principios generales (del Estado de derecho) los que han permitido la elaboración de Normas de orden global que han establecido el régimen de los contratos públicos de numerosos Entes públicos de la denominada administración pública global. Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de derecho. O lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés público global poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo (Jinesta, 2011, 30)

2.2 Acuerdos internacionales y apertura económica.

Como expresión operante de los ordenamientos jurídicos globales se fueron gestando acuerdos internacionales (de donde resulta la contratación pública), las primeras alianzas parten de unos insipientes sistemas multilaterales de comercio, creados a nivel local y temporal por los Estados Unidos a inicios de los años treinta, luego de la Gran Depresión. En el año de 1946 la Organización de Naciones Unidas (ONU) busco establecer acuerdos similares de forma permanente, con el fin estimular el comercio y generar integración económica entre las naciones. Los primeros encuentros se realizaron en Londres, Ginebra y La Habana dejando como resultados el primer acuerdo sobre aranceles aduaneros y dejando en pie una iniciativa para la creación de una entidad dedicada al comercio mundial⁴.

⁴ Los documentos resultantes de estos encuentros en su mayoría, son textos jurídicos o estudios económicos extensos y complejos, que abarcan una gran variedad de actividades y campos, van desde agricultura, servicios bancarios, sanidad, telecomunicaciones, hasta normas industriales y de seguridad en los productos.

En ese primer acuerdo de comercio realizado por las naciones unidas no se incluyó la contratación pública. El acuerdo de aranceles aduaneros y comercio (en adelante GATT por sus siglas en ingles), se concentró en convenios de expansión y regulación arancelaria. Para 1974 el GATT sufrió su primera modificación, agregando a la versión original, disposiciones comerciales con entidades estatales centrales y principios rectores para evitar la discriminación entre las naciones. Dos años más tarde, el GATT sufrió su segunda modificación, tras la ronda de negociaciones comerciales de Tokio, el tema de las compras estatales fue incluido de manera separada en las discusiones, concretando tres años después, la firma del primer pacto sobre compras del sector público, llamado acuerdo de contratación pública (ACP). Aunque este acuerdo contemplaba únicamente la contratación de bienes por parte de las entidades centrales de gobierno, rápidamente se modificó, para incluir compras realizadas por una gama más amplia de entidades públicas, el sector de los servicios y el sector de la construcción.

En 1994 se concretó la iniciativa de desarrollar una entidad dedicada al comercio mundial, estableciéndose la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) 5 el primer acuerdo proclamado fue el acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS), que busco una apertura progresiva del mercados de los servicios, y una mayor liberalización del mercado entre los países miembros. Paralelamente se firmó en Marrakech una modificación del acuerdo sobre contratación pública⁶, multiplicando el valor de la contratación y permitiendo mayores movildades en materia contractual.

Principalmente los acuerdos de la OMC se fueron convirtiendo en un bloque normativo internacional de suma influencia; sus concepciones expresadas en principios rectores están presentes en las normativas locales, y por medio de actualizaciones en los parámetros se estimula constantemente la modificación de la

⁵ Todos los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), (actualmente 140), son asimismo miembros del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

⁶ El acuerdo sobre contratación pública es un acuerdo plurilateral dentro de la OMC y no todos sus miembros están vinculados plenamente, incorpora elementos como el trato no discriminado para los proveedores, un proceso de selección estandarizado y revisiones periodicidad de los procedimientos, exige la eliminación de medidas discriminatorias negociaciones. Es a su vez el principal instrumento de para el comercio internacional entre los países participantes.

legislación local, apuntando hacia la mayor concordancia con las normas establecidas.

Los miembros aplicarán las disposiciones del presente acuerdo. Los miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos (Organización Mundial de Comercio, 2015, 7).

Según los informes de la OMC (2002) esta entidad se considera a sí misma como “un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones”, se basa en principios rectores creados con el objeto de lograr condiciones equitativas de comercio, un objetivo bastante complejo debido a los parámetros de legitimidad, establecidos bajo el modelo económico de libre mercado. Los cinco principios que rigen este bloque normativo se encuentran presentes en diversos lugares como: el acta final de la Ronda de Uruguay; el artículo 3 del GATT; el artículo 17 del acuerdo general sobre el comercio de servicios; y el artículo 3 del acuerdo sobre propiedad intelectual.

2.2.1 Principios internacionales

El primer principio del que se habla es el comercio sin discriminaciones, expresa un trato económico igual para todos los países miembros, fue dictaminado especialmente para el comercio de mercancías y servicios, establece una comercialización sin segregaciones, donde todas las entidades públicas o privadas pueden participar de procesos comerciales sin preferencias por unas u otras. La principal dificultad de aplicar este principio, es que supone igualdad de condiciones entre los participantes, muchos países no cuentan con tecnologías, infraestructura o financiamiento para competir en igualdad de trato. Este suele ser el caso de países latinoamericanos que no cuentan con los medios para hacerle frente a competencia comercial a Estados Unidos o China, por lo que optan por no adherirse plenamente.

En virtud de los acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros [...] (OMC, 2015,10).

El segundo principio del que habla la OMC es llamado comercio más libre, impulsa de manera gradual, mediante negociaciones, la reducción de los obstáculos al comercio, incluye los derechos de aduana, las prohibiciones de las importaciones y las restricciones de cantidades importadas. Este ha sido uno de los puntos más debatidos, desde la creación del acuerdo general sobre el comercio de servicios, desde 1947, se han realizado ocho rondas de negociaciones comerciales centradas en la reducción de los aranceles de mercancías y servicios.

La reducción de los obstáculos mercantiles es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio, incluye la eliminación de los derechos de aduana (o aranceles), la supresión de las prohibiciones en importaciones y la invalidación de las restricciones en las cantidades importadas. Ocasionalmente se han debatido otras cuestiones, como el papeleo administrativo y las políticas cambiarias:

La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero también exige una adaptación. Los acuerdos de la OMC permiten que los países introduzcan cambios gradualmente, mediante una “liberalización progresiva”. Por lo general, los países en desarrollo disponen de plazos más largos para cumplir sus obligaciones (OMC, 2015, 11)

Siguiendo con el tercer principio nombrado previsibilidad, la OMC busca que los gobiernos consoliden y mantengan la promesa de no aumentar los obstáculos comerciales, además este principio exige la divulgación periódica de las políticas y prácticas locales. Para la OMC la supervisión periódica de las políticas comerciales nacionales y la actualización de los acuerdos constituye el medio para consolidar un libre mercado entre los comerciantes e inversores.

El cuarto principio es el fomento de una competencia leal, tiene por objeto lograr condiciones equitativas de comercio, tratando de sopesar las marcadas diferencias entre las condiciones comerciales de los países. Al ser un punto tan difícil de concretar, se establecieron normas para un marco de legalidad y lealtad, permitiendo que los gobiernos fijen normas excepcionales a los otros principios con el fin de compensar posible daño debido a la competencia.

El último principio es llamado promoción del desarrollo y la reforma económica, es un principio de flexibilidad a los denominados países en desarrollo, los cuales según la OMC necesitan maleabilidad temporal para aplicar los acuerdos, brinda además a los países interesados en adherirse asistencia y concesiones comerciales especiales:

Más de las tres cuartas partes de los miembros de la OMC son países en desarrollo y países en transición a economías de mercado. Durante los siete años y medio que duró la Ronda Uruguay, más de 60 de esos países aplicaron autónomamente programas de liberalización del comercio. [...] En una decisión ministerial adoptada al final de la Ronda se dice que los países más ricos deben acelerar la aplicación de los compromisos en materia de acceso a los mercados que afecten a las mercancías exportadas por los países “menos adelantados”, y se pide que se les preste una mayor asistencia técnica (OMC, 2015, 13).

2.3 La contratación pública según la Organización Mundial de Comercio

La OMC ha denominado contratación pública a las compras que los organismos estatales o gubernamentales realizan para desempeñar sus funciones, ya que estos bienes y servicios son adquiridos con recursos públicos y utilizados para cumplir con fines público, requiere un sistema normativo propio. Según el código de la Ronda de Tokio sobre compras del sector público (1979) uno de los principales objetivos de la mayoría de los regímenes de contratación es optimizar el uso de los recursos, la OMC considera que un régimen de contratación transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para alcanzar ese objetivo, en la medida que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores y al mismo tiempo, cumplir con los planes de la política local:

El acuerdo sobre contratación pública (ACP) dispone que se hayan de garantizar condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en la esfera de la contratación pública. A tal efecto, el texto del Acuerdo establece principios generales y prescripciones de procedimiento detalladas que las Partes en el ACP están obligadas a aplicar en las actividades de contratación abarcadas (OMC, 1994, 504)

Con base al texto: acuerdo revisado de la OMC (2012) el convenio sobre contratación pública consta principalmente de dos partes: un texto de normas para garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública; y las listas de compromisos de las partes en materia de acceso a los mercados. Al ser un tratado internacional vinculante, este acuerdo está administrado por un comité de contratación pública. Existen dos mecanismos para hacer cumplir el acuerdo: el mecanismo de recurso interno a nivel nacional y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC a nivel internacional que resultaron de la última modificación del acuerdo.

En términos generales, la normativa internacional de la contratación pública se basan en ocho principios rectores muy similares a los de la OMC: el trato nacional y no discriminado para los proveedores; el trato diferenciado para los países en desarrollo; la flexibilidad para las adhesiones; prescripciones para garantizar procedimientos transparentes y competitividad; prescripciones sobre la transparencia de la información; posibilidad de modificaciones y rectificaciones de los compromisos; procedimientos internos de revisión; solución de diferencias; y perfeccionamiento del acuerdo.

Ya en términos normativos⁷ el acuerdo cuenta con veintidós artículos. El primero se encarga de las definiciones con las que trabaja el acuerdo, desde las más básicas, como la definición de país, hasta el concepto de licitación. En el artículo 2 se expone el ámbito de aplicación conformado por las entidades, los montos y los plazos que ampara el acuerdo. En el tercero se hace un llamado a la seguridad y a las excepciones generales, expresa brevemente que en materia de adquisición de armas, municiones o material de guerra se pueden adoptar medidas o abstenciones para revelar información. El artículo 4 explica extensamente los ya mencionados principios generales. El quinto artículo está dedicado al procedimiento de adhesión de los llamados países en desarrollo, es de interés, que en este artículo se expresa la necesidad de una revisión cada cinco años. El artículo 6 se dedica a establecer las vías por las cuales se publicará la información sobre el sistema de contratación. De la mano de este último el séptimo artículo se extiende en el fondo y la forma de los anuncios en la publicación de la información. En el artículo 8 se expresan las condiciones de participación tanto para la entidad contratante como para el contratista. Mientras que en el artículo 9 se realiza la calificación de los proveedores y presenta el sistema de registro de los mismos.

Ya el artículo 10 entra en materia el tema de los contratos, hablando de las especificaciones técnicas y pliego de condiciones. El artículo 11 describe los plazos y el artículo 12 entra a detallar el proceso de negociación de las ofertas. El artículo 13 presenta de manera detallada el proceso de la licitación, el método de contratación por excelencia en la contratación pública. El artículo 14 entra a hablar brevemente de las subastas electrónicas. La tramitación de las ofertas y adjudicación de los contratos se expone en el artículo 15. En el artículo 16 se enuncia la transparencia de la información sobre la contratación, entendida desde la información constante y oportuna en el proceso; el artículo 17 enuncia las formas

⁷ Todas estas especificaciones normativas se encuentran también en la normativa local.

de divulgación de información, a diferencia del artículo 6, se concentra en la parte operativa de los contratos. Los procedimientos internos de revisión se declaman en artículo 18, aquí es donde se deja en manos de las entidades locales la revisión administrativa y judicial de los contratos. En el artículo 19 se manifiestan las modificaciones y rectificaciones del ámbito de aplicación, mientras que el artículo 20 forma las medidas de consultas y solución de diferencias. El artículo 21 presenta al comité de contratación pública como un grupo de examinación de la aplicación y el funcionamiento del acuerdo, y a los observadores como aquellos miembros que quedan por fuera del comité. Por último, el artículo 22 habla de la aceptación y entrada en vigor, la adhesión y las reservas.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

La contratación estatal se ha establecida en Colombia gracias a la constitución política, que se asienta bajo el modelo de Estado social de derecho impulsando la prevalencia del interés general y el derecho a la igualdad, como directriz fundamental de toda actuación administrativa. De esta manera, el estatuto general de contratación pública, cimentado principalmente en la ley 80 de 1993, actúa como la directriz que normaliza los procesos de contratación en el país. Constituye el punto de partida, para este caso, y es una de las herramientas jurídicas más importantes de la gestión pública, cuyo objeto es el de contribuir a la eficiencia en el manejo de los recursos públicos y a la moralización de la gestión pública.

Ya se habló, de la matriz de contratación pública desde unas nociones conceptuales e internacionales, es momento entonces, de presentar el desenvolvimiento de este modelo en Colombia. Para ello, expongo tres grandes apartados utilizando en todos ellos, la ley como fuente primaria de información.

La parte inicial es la adopción al Estado social de derecho en el país, asociada principalmente a la constitución y al trabajo del politólogo y ex embajador colombiano Luis Villar Borda (2007) en su *texto Estado de derecho y Estado social de derecho*, quien hace una excelente aproximación a los cambios en los modelos de Estado; en este caso, sus aportes ayudaron para derivar el modelo en Colombia.

En el segundo apartado presento la genealogía de la normativa contractual, antecesora del estatuto actual ligándola a los ejercicios gubernamentales que se fueron dando en diferentes periodos de tiempo. Utilizo el trabajo de maestría de Enilsa Esther Rodríguez Contreras (2011) ⁸, abogada de la Universidad Nacional; de igual manera los aportes históricos del texto: *El Estado colombiano: ¿crisis de modernización o modernización incompleta?* de Francisco Leal Buitrago (1991)⁹; y

⁸ Rodríguez plantea un panorama histórico y normativo interesante sobre los contratos estatales, habla de unas etapas en el ejercicio legislativo que son ruta, al panorama de la contratación pública. En el proceso propio de investigación los aportes de Rodríguez fueron muy relevantes ya que permitieron ubicar una línea temporal de la normativa y me permitió evidenciar la normativa como un ejercicio gubernamental producto de momentos y procesos particulares.

⁹ Leal explica las ideas que se tomaron en Colombia referentes a la modernización, donde el Estado busca un desarrollo de los idearios de la industrialización capitalista, pero con las aspiraciones de beneficio común para sus ciudadanos.

en esta misma línea, los postulados de Jorge Orlando Melo (1991)¹⁰; además al tratarse de nociones legislativas me apoyo en las explicaciones de Rodrigo Naranjo Gálvez (2001)¹¹ con el fin de complementar las nociones y expresiones propias del derecho presentes en la lectura, análisis e interpretación de la ley.

Por último, expongo el estatuto de contratación actual. En este apartado continuo con algunos de los aportes Enilsa Esther Rodríguez Contreras (2011), pero incorporando, en el recorrido algunas modificaciones que los ingenieros Lyda Roció Peñaranda y Jorge Albeiro Gualdron (2009), realizan en trabajo de grado, para la especialización en gerencia e interventoría de obras civiles de la Universidad Pontificia Bolivariana. Es importante, asimismo el trabajo del profesor asociado al departamento de nutrición humana de la Universidad Nacional de Colombia, Jhon Jairo Bejarano Roncancio (2009)¹² quien analiza la contratación pública desde los programas y proyectos sociales en alimentación.

3.1 Colombia como Estado social de derecho

Desde la constitución de 1991, el país se inscribe en el modelo de Estado social de derecho, pasando del modelo de derecho en que se había consagrado desde las primeras constituciones republicanas. Este cambio, se dio para Villar de forma progresiva desde la reforma constitucional de 1936, la cual enruto la función social a los derechos constitucionales, esta reforma fue el primer ensayo para generar un cambio en el modelo de Estado:

[...]inspirada en las modernas corrientes constitucionales y en el “solidarismo” del jurista francés León Duguit, expresión constitucional de las

¹⁰ Melo en su artículo para la revista Análisis político titulado: *Consideraciones globales sobre modernidad y modernización en el caso colombiano*, hace un recorrido interesante por factores económicos y el ejercicio político, a diferencia de Leal, plantea un panorama histórico no desde los acontecimientos meramente sino desde planteamientos más conceptual.

¹¹ Naranjo en su artículo *La reforma contencioso administrativa de 1914*, publicado para la revista Estudios socio- jurídico de la Universidad de Rosario, da explicaciones sencillas de terminologías administrativas y jurídicas, además expone la figura de código contencioso administrativo, la cual ha logrado conservarse en el tiempo sin mayores cambios.

¹² El trabajo de Bejarano es una referencia académica muy nutrida, además de ser el primer trabajo académico en el que logre indagar, reflexionando sobre la labor aplicada de la contratación, problematizando el tema de los contratos sociales en el campo de la alimentación.

teorías sociológicas entonces en boga, en particular las de Emile Durkheim (1858-1917) y Georges Gurvitch (1894-1965). Se introdujeron principios tales como el de la función social de la propiedad, los deberes sociales y la intervención del Estado, la gratuidad de la enseñanza primaria y su obligatoriedad en el grado que señale la ley, y la protección al trabajo y la asistencia pública. Al deferirse a la ley la reglamentación de estas disposiciones, su eficacia no correspondió a las expectativas creadas, pero en algunos aspectos, por ejemplo, el de los derechos laborales, significó importantes avances (Villar, 2007, 92)

La reforma constitucional de 1936 sentó una premisa ideológica en el país, dando una razón social y proponiendo unos fines sociales del Estado, pero los cambios realizados se vieron fuertemente frenados a causa de la reacción política desatada a partir de 1946 por los sectores más conservadores del país. Por lo que solo a partir de la constitución de 1991 es que se marca un cambio contundente, enunciando los parámetros de organización estatal en el artículo 1:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (artículos 1, Constitución política de 1991).

Esta inscripción se realizó, en primer lugar, según Villar (2007) “como resultado de un nuevo pacto político y social en el que participan minorías étnicas, religiosas y partidistas tradicionalmente marginadas de las grandes decisiones políticas” (pág. 91) Por una parte, de acuerdo con la gaceta constitucional número 75 - mayo de 1991, el modelo se debió también a requerimientos internacionales como los Derechos Humanos, derechos económicos sociales y culturales y a la convención interamericana de los Derechos Humanos, que exigían un mayor compromiso con las realidades económicas, políticas y sociales del momento; vinculando el ordenamiento jurídico colombiano, un principio nuclear, la dignidad humana como fundamento del Estado. En este orden, la asamblea nacional constituyente entre 1990 y 1991 debatió la finalidad del Estado social de derecho, señalando temas como: la asistencia en salud, el bien común, la educación, la seguridad social, la vivienda, los servicios públicos, la intervención económica para propender por la justicia social entre otros (gaceta constitucional No. 5 1991). Estas discusiones dieron como resultado los actuales fines del Estado:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2 Constitución política de 1991).

Los postulados constitucionales impusieron deberes que antes no se tenían, incluyendo un compromiso en lo económico y en lo social, respondiendo a un bienestar común, una justicia social y una vocación social donde la dignidad humana es fundamento y debe estar respaldada constitucionalmente. Adicionalmente, los servicios públicos se definen según el código sustantivo del trabajo (artículo 430) como: “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. Para ello se ordenó en el capítulo 5 de la constitución, una titulación entera a las finalidades estatales relacionadas con los servicios públicos, fijando un régimen jurídico de regulación, control y vigilancia para asegurar su prestación:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (artículo 365, Constitución política de 1991).

3.2 Genealogía de la normativa contractual

Los primeros avisos de la contratación pública en Colombia, se dieron entre los años 1909 a 1912, con la expedición de figuras fuertemente ligadas a la influencia del derecho francés como el código fiscal y el estatuto procesal de lo contencioso administrativo (reglamentación de la figura de contrato privados y su caducidad). Pero el proceso normativo se fue desarrollando en mayor medida con la incorporación del proyecto modernizador. De acuerdo con Francisco Leal Buitrago (1991), este proyecto se planteó desde un modelo ideal, tomado de los países que habían experimentado una revolución industrial, apostando por la acumulación de capital y el consumo de bienes industrializados, pero con la aspiración del bien común:

Como el modelo deseable era el de los países que habían experimentado la Revolución Industrial, el concepto de modernización se subordinó al de desarrollo, suponiendo la meta de la industrialización capitalista. La modernización implicaba una postura pragmática del capitalismo industrial, en la cual la antigua ética política secular de la modernidad (que pretendió la emancipación de la sociedad) fue sustituida por los valores de acumulación de capital y consumo de los bienes de la industrialización, con aspiraciones de beneficio común (Leal, 1991, 302).

Para Enilsa Esther Rodríguez Contreras (2011), esta situación llevo a que en todo el siglo XX, las normativas y políticas económicas se gestaran como esfuerzos para adoptar la apertura económica y el libre mercado; la realización de contratos por parte de entidades gubernamentales se incorporó por influencia del poder ejecutivo en busca de organizar, legalizar y reglamentar el gasto público y estatutos de comercio para bienes y servicios. En materia legislativa, en concordancia con la tesis presentada por Rodríguez y al panorama histórico propuesto por Leal, se plantean dos etapas del ejercicio legislativo, antecedente del estatuto actual de contratación pública: una primer etapa de liberalismo clásico que arranca sin la existencia de una contratación estatal como tal, sino como una regulación de las relaciones Estado - particulares y se va modificando a medida que llega el auge de los servicios públicos a mediados del siglo XX; y una segunda etapa caracterizada por intervencionismo del Estado y a la presencia de normativas más cercanas a la constitución actual.

3.2.1 Liberalismo clásico

Esta etapa está comprendida entre 1896 y 1940, con el establecimiento de cinco normativas primarias en búsqueda de una modernización legislativa. Es producto del ideario fundamental de los grupos dirigentes del país en la medida en que se había buscado un Estado independiente, cuyo sistema institucional, se basaba en principios constitucionales y jurídicos similares al derecho administrativo francés. Haciendo un paréntesis histórico a los planteamientos de Rodríguez, cabe añadir, que según el profesor Jorge Orlando Melo este periodo es un hijo de la adopción sin restricciones del modelo librecambista en 1845; de la apertura al comercio internacional; y los esfuerzos por establecer un mercado interno de tierras y de trabajo:

Para 1850 este proyecto modernizador hacía parte del ideario fundamental de los grupos dirigentes del país y sus defensores podían alegar que al menos en el plano político se encontraba muy avanzado, en la medida en

que se había creado un Estado independiente, cuyo sistema institucional se basaba en principios constitucionales y jurídicos similares a los de las más avanzadas naciones de Europa: legislación escrita, separación de poderes, funcionarios electivos mediante un sistema electoral limitado, derecho civil y penal tomado de Francia. Socialmente, el país había suprimido las discriminaciones legales basadas en diferencias étnicas, al abolir la esclavitud y decretar la igualdad jurídica de todos los neogranadinos. En términos económicos, a partir de 1845 se adoptó sin restricciones el modelo librecambista, con su apertura al comercio internacional y los esfuerzos por establecer un mercado interno de tierras y de trabajo (Melo, 1991, 30).

Es igual de importante, la reforma constitucional de 1910, la cual se produjo con la caída del general Reyes. Esta reforma, de acuerdo con Malagón y Gaitán (2008), estableció el funcionamiento del consejo de Estado como principal tribunal de lo contencioso administrativo (recordemos que este tribunal se encarga del conjunto normativo destinado a la regulación de la actividad de la administración pública), además se promulgo la ley 130, consagrando los contratos como actos de derecho privado por primera vez en la historia de la contratación administrativa, estableciendo relaciones jurídicas entre particulares y el Estado. Esta ley articuló el principio de igualdad y voluntad, del derecho privado en la contratación estatal (pág. 171).

Retomando el panorama legislativo, en este periodo los primeros aportes en el plano legislativo de establecen en 1896, cuando diversas normativas atribuyen funciones jurídicas al consejo de Estado; la más importante fue la ley 163, la cual expone la creación de una comisión gubernamental para los suministros, empréstitos y expropiaciones, según Naranjo (2001) esta comisión que regulaba todo tipo de contratos con particulares en nombre del gobierno nacional, ya que se debían reparar los daños patrimoniales que se habían ocasionado durante la guerra civil de 1895. Esta ley reconoció obligaciones a cargo de la nación en favor de los particulares y creó una comisión especial para que reconocieran créditos. Es base de la normativa contractual ya que por primera vez se da una ley que establece relaciones directas entre el Estado y los particulares:

Finalizada la guerra civil de 1895 el gobierno nacional promovió la expedición de una ley que facilitara la reparación de los daños causados al patrimonio de los particulares durante el conflicto. Por tal razón, se expidió la ley 163 de 1896, que ordenó el reconocer créditos a cargo del tesoro nacional y a favor de particulares afectados por dos conceptos: suministros, empréstitos y expropiaciones exigidos por el gobierno o sus agentes civiles o militares; (y)

expropiaciones causadas por los revolucionarios. Para el efecto, la ley determino la creación de una comisión especial, de orden administrativo, denominada, comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones (Naranjo, 2001, 27)

Poco tiempo después, en 1905 se alza la ley 4, que introduce la cláusula penal pecuniaria en los contratos de obras con un carácter unilateral. Formula una multa que se aplicaba al contratista cuando le incumplía al Estado, fijando de ante mano el monto de los daños y perjuicios posibles por el incumplimiento de acuerdo pactado:

Dentro de la segunda norma propia del Liberalismo clásico se encuentra la ley 4 de 1905: Tuvo como característica: introducir en los contratos de obra por primera vez y con carácter unilateral la "Cláusula penal pecuniaria". Nació como una prerrogativa estatal por el Contrato de Obras Públicas con la ley 4a de 1905, y esa fue la primera prerrogativa que se estableció a favor del Estado. Hoy día la Cláusula penal pecuniaria está condicionada, está atada a la aplicación de la Caducidad Administrativa, es decir, cuando se decreta la caducidad administrativa, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria (Rodríguez, 2011, 40)

Para 1909 se expide la cláusula de caducidad administrativa con la ley 53, estableciendo una relación entre Estado como contratante y el particular como contratista, esta ley surgió fuertemente ligada a la ley 4 de 1904. Hoy en día la cláusula penal pecuniaria sigue vigente, pero no de forma independiente como en aquellos años, en la actualidad está condicionada a la aplicación de la cláusula de caducidad administrativa; sin la cláusula penal pecuniaria, la caducidad solo implicaría una sanción jurídica, pero juntas, provocan sanciones económicas¹³.

En 1912 se construye el código fiscal nacional, por medio de la ley 110¹⁴, una de las normas más importantes para hacer lectura de elementos actuales dentro de la

¹³ Durante la experiencia laboral, logre notar que las sanciones económicas eran bastante temidas, en la medida de que implicaban procesos de rápida sentencia y eran casi imposibles de revertir, contrario a las sanciones jurídicas, que cuando no involucran a los servidores públicos pueden llevar a largos litigios donde se puede dar una revocatoria, y no implican inhabilidades para el contratista.

¹⁴ Rodríguez no hace ningún desarrollo de su contenido, únicamente la norma es mencionada, al consultar la ley resulto ser muy importante en tanto el código fiscal

normativa, entre los elementos que contienen se destaca la creación de la figura de licitación aplicada en contrato de obras públicas; la estipulación de unos los principios rectores (transparencia y eficacia en los procesos); aplicación de contratos para la venta y arrendamiento de bienes (artículos 2, 9 y 13); y el empleo generalizado de la caducidad de los contratos.

Aunque según Rodríguez, las últimas normativas del periodo de liberalismo clásico son las leyes 63 de 1921 y 106 de 1931, por las cuales se extendieron los privilegios de la caducidad de los contratos en la cláusula penal pecuniaria, estas reglas no sobrellevaron algún cambio significativo.

3.2.2 Intervencionismo de Estado

La segunda etapa planteada por Rodríguez, es simultánea a la aparición de la teoría de los servicios públicos, es un periodo comprendido entre 1940 a 1964, que comienza con la publicación del código contencioso administrativo, ley 167 de 1941, correspondiente a la reglamentación de la actividad administrativa de entidades públicas, vigente hasta el año de 1984. De esta norma se resaltan dos apartados: el artículo 73, concordante con la constitución de 1886, le daba a la corte suprema de justicia el discernimiento de las controversias contractuales; y el artículo 254 que le atribuyo a las instituciones públicas la obligación de cumplir con estipulaciones no realizadas en contratos de obras públicas, prestación de servicios, suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos. Este último apartado es el que revela el carácter intervencionista del Estado:

La controversia se concretaba al artículo 254, porque se salía del esquema de igualdad de las partes que se pregona en derecho civil en el artículo 1602 y se sigue estipulando normas del derecho civil, resultando entonces contraria a la regulación libertaria del contrato civil (Rodríguez, 2011, 42).

Para 1955 se produjeron dos normas bastante importantes: la primera fue el decreto 351 de 1955, que promulgo el primer estatuto nacional de compras, donde se empieza a requerir cotizaciones a la hora de comprar productos por parte del Estado; se crea además el comité de compras, estableciendo un régimen de

nacional es el primer esbozo de una legislación unificada en materia contractual. Al ir a la fuente primaria, el código mismo, me encontré en su introducción, realizada por Justiniano Cañón en 1905, la presentación del contenido y el llamado a comprender el documento como un punto de partida, en tanto fue un esfuerzo por expresar de manera compilada las anotaciones normativas en beneficio de una mayor claridad legislativa.

competencias en cuanto a la cuantía para las compras y los suministros. La segunda normativa fue el decreto 1050 de 1955, que formuló el primer estatuto de empréstito o de operaciones de crédito, en este estatuto se plantean las distintas fases de las operaciones de crédito público interno; se establecen los procedimientos para obtener créditos con los bancos nacionales y se da por primera vez, según Rodríguez, una regulación para acceder a créditos internacionales. Posteriormente en 1960, el congreso le atribuyó a la contraloría la facultad de regular todo lo concerniente a la constitución y aprobación de las garantías de los contratos que celebraba el Estado.

Haciendo un paréntesis contextual y retomando a Leal (2009), este periodo de intervencionismo corresponde en sus inicios con el mandato de Alfonso López Pumarejo donde se vivió el “experimento” de la revolución en marcha; además este periodo abarca momentos económicos importantes para el país: dos grandes aumentos en los precios internacionales del café y la indemnización norteamericana por la separación de Panamá. Para Leal en consecuencia a estas situaciones y búsqueda de promover la modernización del país, se impulsó desde el Estado, el comercio por exportación e importaciones, la industrialización y la urbanización; lo que produjo un avance en la ordenación institucional, un adelanto hacia la autonomía económica, la liberalización y la secularización del Estado.

A partir de 1964, afirma Rodríguez (2011), fueran pocas las nuevas leyes promulgadas, el gobierno nacional se inclinó más por agrupar las normativas dispersas y definir términos en materia contractual. Entre las pocas leyes publicadas está la ley 4 de 1964, que creó un estatuto sobre obras públicas y definió un tipo de contrato exclusivo para este fin, curiosamente este estatuto fue conformado con normativas posteriores (el decreto reglamentario 518 de 1965 y la ley 36 de 1966). Más adelante en el esfuerzo por agrupar la normativa, se autorizó al gobierno nacional por medio de la ley 28 de 1974 a integrar un estatuto para codificar en un solo texto todas las normas dispersas vigentes desde el año de 1905 (pág. 44). Los siguientes años, con la influencia de los acuerdos internacionales se creó por medio del decreto 150 de 1976 el concurso de méritos y el registro de proponentes; con la ley 19 de 1982 el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades y la clasificación genérica de los contratos; y decreto 222 de 1983, fundamento de la ley 80 de 1993:

El decreto 222 de 1983 Se orientó en su aplicación y en su desarrollo a las entidades públicas nacionales. Le dio mucho énfasis este decreto a la caducidad administrativa, el solo hecho de haber establecido una clasificación genérica en contratos administrativos y contratos privados con cláusula de caducidad, le estaba dando mucha importancia a la caducidad

administrativa. El decreto 222 de 1983 fue el fundamento para la expedición de lo que es hoy día la ley 80 de 1993 (Rodríguez, 2011, 45)

El decreto 222 de 1983 fue la última normativa antes del cambio de constitución y la promulgación de la ley 80; acoplo en una norma organizada: el campo de aplicación, la capacidad de contratar, la naturaleza de los contratos, las maneras de terminación de los contratos, normas de contratación, las cláusulas obligatorias, nulidades, la responsabilidad civil y la intervención de la contraloría. Al mismo tiempo, produjo modificaciones a normas anteriores como la clasificación del contrato de obra pública, dentro de los contratos administrativos.

3.3 Estatuto general de la contratación pública.

Desde 1991 el congreso de la república asume la labor de unificar la normativa dispersa en materia contractual y establece acuerdos y principios para su operatividad. Para 1993 se firma la ley 80, norma que entraría a regular toda la actividad pre contractual, contractual y post contractual. Desde entonces es dicha ley y sus modificaciones (principalmente la ley 1150 y el decreto 2474) la carta de navegación para la contratación de bienes y servicios por parte del Estado, en todos los órdenes y niveles y para los particulares que celebran contratos con el Estado¹⁵. En 1993 el presidente Cesar Gaviria Trujillo sancionó la ley 80 con el fin de adoptar la normatividad a la constitución nacional expedida en 1991 y adecuarla a la necesidad de dotar a las entidades estatales de normas que ofrecieran soluciones a las dificultades que presentara la actividad contractual hasta el momento:

La ley 80 fue producto de muchas discusiones previas a su expedición, fue una norma muy consultada; no tuvo improvisaciones en el Legislativo, partiendo que fue el constituyente del 1991 quien innovó o incentivó el rescate del poder legislativo, obligando a través del artículo 150 de la constitución al Legislativo a expedir un estatuto en materia de contratos. Terminaba con el excesivo reglamentarismo que contenía el 222/83, reglamentarismo que disponía no solo cada contrato sino el que establecía cada entidad. Ahora es un solo procedimiento es un estatuto único (Rodríguez, 2011, 45).

3.3.1 Ley 80 de 1993

¹⁵ Ministerio de Justicia. (1993). Estatuto general de contratación de la administración pública. Bogotá.

La ley 80 se presenta como el estatuto general para la contratación pública en Colombia, si bien se ha modificado sigue siendo la ley rectora de esta actividad estatal. En campo logre ver, que el conocimiento de la ley por parte de los contratistas no estaba dado de primera mano, sino que se aprendía y asimilaba la reglamentación por medio de los manuales, documentos de buenas prácticas y las actualizaciones de la operatividad, publicadas en el portal nacional de contratación. Aunque el contenido de esta clase de documentos esta presentado de manera simplificada siempre se está haciendo referencia a la norma como tal .La intención con el siguiente recorrido es presentar el contenido de cada artículo de la ley, con el fin de exponer la conformación normativa del estatuto.

El estatuto está conformado por 9 títulos y 82 artículos que expresan desde los aspectos más generales y amplios hasta particularidades como las responsabilidades contractuales. El primer título Las disposiciones generales, recoge definiciones, objeto, deberes y derechos entre otras anotaciones importantes de la ley. En el artículo 1 se plantea como objeto “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”; En el artículo 2 se define las entidades, los servidores y los servicios públicos, el artículo 3 plantea los fines de la contratación estatal, tanto para las entidades públicas como para los particulares (contratistas):

[...] se disponen los derechos y deberes de las entidades estatales con los cuales se pretende que las entidades protejan al Estado mediante las exigencias al contratista para que ejecute las obras de una manera idónea y oportuna y que las entregas sean de calidad, debe revisar los precios unitarios, supervisar las obras de forma periódica y plantear mecanismos y soluciones rápidas y eficaces en las diferentes situaciones (Peñaranda y Gualdrón, 2009, 13).

En los artículos 4 y 5 se expresan los derechos y deberes de las entidades estatales y los contratistas respectivamente. Sobre la capacidad de contratar se reglamenta el artículo 6 y las definiciones de consorcio y unión temporal aparecen en el artículo 7, estas son las principales figuras con las que se puede realizar una asociación y participar para la adjudicación de un contrato. Los artículos 8, 9 y 10 exponen las condiciones de inhabilidad, incompatibilidad y procesos de ceder o renunciar al contrato en aras de que no se afecte la seriedad del proceso:

Como son las relaciones de parentesco, el haber sido sujeto de declaratoria de caducidad o de sentencia judicial con pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas o sanción disciplinaria de destitución o se

refieren a la calidad del contratista como ostentar la investidura de servidor público (Peñaranda y Gualdrón, 2009, 13).

El artículo 11 delimita los representantes por parte de las entidades administrativas que pueden dirigir licitaciones o concursos. En el artículo 12 se habla sobre la manera en la que los representantes pueden delegar un contrato. El artículo 13 menciona brevemente las condiciones de los contratos en el exterior. El artículo 14 entra a explicar los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. En el artículo 15 se expresa el poder de las entidades administrativas para realizar acciones sobre las estipulaciones o cláusulas del objeto contractual, cuando se presentan discrepancias entre las partes en la interpretación de algún requisito o procedimiento, pero este artículo fue declarado inexecutable por la corte constitucional mediante sentencia C – 1514 de 8 de noviembre de 2000. De igual forma el artículo 16 que se pronunciaba sobre las modificaciones unilaterales donde se pretendía introducir variaciones en el contrato mediante la suspensión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios, aunque el contratista no estuviera de acuerdo fue declarado inexecutable por la corte constitucional mediante sentencia C – 949 de 5 de septiembre de 2001. El artículo 17 estipula las disposiciones para dar por terminado un contrato de manera anticipada. La caducidad de los contratos y sus efectos se enuncian en el artículo 18, mientras el artículo 19 expresa que, al finalizar los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, los elementos y bienes directamente afectados pasarían a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna, pero este artículo fue declarado executable de manera temprana por la corte constitucional mediante sentencia C-250 el 6 de junio de 1996. Finalizando el título 1 están los artículos 20 y 21, los cuales hablan de la igualdad en el trato para los contratistas extranjeros y el trato y preferencia por las ofertas nacionales respectivamente.

El segundo título alude principalmente a los principios en la contratación. El principio de transparencia (artículo 24) es uno de los más importantes dentro de la ley, manifiesta que las entidades colombianas tienen la obligación legal de seleccionar a sus contratistas a través de licitación o concurso público y solo excepcionalmente de manera directa en los casos muy particulares dispuestos en la ley (contratación directa). Este principio busca garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la escogencia de los contratistas. Plantea la posibilidad de expresar observaciones en el proceso contractual, conocer propuestas recibidas y actualizaciones; exige la definición de las reglas de selección, precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, el plazo para la liquidación del contrato, objeto,

naturaleza y cuantía. Bejarano (2009) expresa que desde el deber ser de la contratación estatal, este principio se entiende como el pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso, con el compromiso de no soborno, con el fin de obtener o retener un contrato u otra ventaja impropia dentro de las instancias del proceso de contratación.

El principio de economía (artículo 25) opera en las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista. Busca mesura en las inversiones y gastos por parte de los licitantes. En un primer momento se adjudicaba el contrato a aquel que establezca mejores condiciones económicas para el Estado, pero esta disposición cambió debido a la presentación de precios artificialmente bajos que no permitían que se cumpliera con el objeto del contrato. Este principio se efectúa bajo la debida administración de los recursos económicos destinados a la contratación de bienes y servicios. Estipula que las autoridades deben realizar las reservas y compromisos presupuestales necesarios, aplicando la cláusula de actualización de precios con el fin de que se cumplan los contratos; expresa que los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos para evitar las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato. El artículo 26 redacta el principio de responsabilidad el cual le brinda mayor autonomía a las entidades estatales para establecer la forma de dar respuesta en los contratos frente a lo disciplinario (las investigaciones por parte de la procuraduría los servidores públicos y particulares que intervienen en contratación con el Estado, lo civil (el principio de la buena fe, de la transparencia y de la moralidad pública en los procesos de contratación) y lo penal (delitos y contravenciones) en caso de actuaciones y omisiones antijurídicas que obligan a indemnizar al Estado y a terceros por los daños causados. Es un principio directo de cumplimiento de las leyes para las instituciones públicas y sus funcionarios en representación del Estado, ante la sociedad (Bejarano, 2009).

El artículo 27 habla del equilibrio económico o ecuación contractual, expresa la importancia de especificar cuantía, condiciones, pago, adicionales y ajuste para asegurar y mantener la igualdad entre derechos y obligaciones al momento de proponer o contratar. Los artículos 28 y 29 hablaban respectivamente de la interpretación de las normas sobre contratos estatales donde debe primar la buena fe, la igualdad y equilibrio en los contratos y de la selección objetiva la cual quería decir que la selección de contratistas se haría sin tener en consideración factores de afecto, de interés o cualquier clase de motivación subjetiva. Ambas normas fueron derogadas.

Las especificaciones de la estructura en el proceso de selección son expresadas en el artículo 30, ordena el quehacer de las entidades estatales a la hora de proceder a contratar desde la apertura primaria como acto administrativo con el estudio de conveniencias, planes de inversión, adquisición y compras, con presupuesto y estudio de factibilidad. Pasando por la elaboración de los pliegos de condiciones antes llamados términos de referencias, la apertura de la licitación con los avisos correspondientes para la debida difusión; los plazos para la presentación de las propuestas y las aclaraciones necesarias; el plazo mismo de la licitación. Debe señalar en la estructura del proceso el plazo dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones, los plazos para la adjudicación y firma de contrato o la declaración desierta y su proceder si es el caso.

El último artículo del segundo título es el artículo 31, el cual alude a la publicación de los actos y sentencias sancionatorias de manera escrita, pública y con copia a la procuraduría cuando sea el caso. El tercer título expresa todo lo relacionado al contrato estatal, el artículo 32 define la figura de contrato estatal y su clasificación (contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública). El resto de su contenido está compactado por temas, los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38 especifican los contratos para casos de concesiones en servicios puntuales como telecomunicaciones, telefonía o servicios postales. Del artículo 39 al 41 se define el contenido del contrato. El artículo 39 estipula que este, debe estipularse por escrito y ordenado con antelación según los recursos que requiera; el artículo 40 se refiere del contenido como tal modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. En este artículo también se reglamentan los anticipos y las adiciones, para ambos casos no mayores al 50 % del valor del contrato. El artículo 41 pacta sobre el perfeccionamiento de los contratos, entendido como un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación de manera escrita, esto quiere decir que el contrato requiere entre otras cosas la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes para que se firme y efectúe.

En los dos últimos artículos de esta sesión hace referencia a la urgencia manifiesta para situaciones donde no se pueda acudir a los procesos de selección, el artículo 43 ancla este concepto con la declaración de Estado de excepción y el artículo 43 expresa los controles de la contratación si se presenta este caso.

El cuarto título, uno de los más cortos, contiene 6 artículos de la nulidad de los contratos. Manifiesta causas por derecho común o en casos específicos como la prohibición constitucional o legal; el abuso o desviación de poder y el desconocimiento de los criterios de ofertas nacionales y extranjeras (artículo 44) y según estos criterios se darán los tipos de nulidad. La nulidad absoluta sentados en el artículo 45 y se expresa para todo el contrato en los casos específicos antes nombrados; nulidad relativa (artículo 46) se presenta por ocurrencia de algún caso relativo al derecho común; la nulidad parcial del artículo 47 se da cuando en algunas cláusulas y no en todo el contrato; el artículo 48 habla sobre los efectos de la nulidad (reconocimiento y pago de las prestaciones) y por último la forma para presentar corrección de vacíos se presenta en el artículo 49.

El quinto título sobre las responsabilidades contractuales, contiene 9 artículos, los cuales expresan los tipos de responsabilidad que asumen según la entidad que realice actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios. El artículo 50 expone dichas responsabilidades para las entidades estatales (indemnización por disminución patrimonial, ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista). El artículo 51 es para los servidores públicos, los cuales responderán de manera disciplinaria, civil y penal de igual forma en caso de falta por parte de un contratista (artículo 52). Cuando quien comete la falta es consultor, interventor o asesor (artículo 53) las responsabilidades serán civiles y penales en doble vía, por el incumplimiento de sus obligaciones contratadas según su cargo y por los hechos u omisiones que causen daño o perjuicio a las entidades que contrataron sus servicios. En el artículo 55 prescribe 20 años para casos civiles y disciplinarios, y 10 años para acciones penales por actos u omisiones contando desde su ocurrencia.

En el artículo 56 especificaba las responsabilidades penales como servidores públicos para el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, pero artículo fue declarado exequible por la corte constitucional mediante sentencia C – 563 de 7 de octubre de 1998.

Las infracciones a las normas de contratación quedan estipuladas en el artículo 57 en calidad de servidores públicos, de la mano de los artículos 144, 145 y 146 del código penal, se estipulo de 4 a 12 años de prisión y multas de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

El artículo 58 habla de diferentes sanciones: pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial en caso de una declaratoria de

responsabilidad civil, en caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, la destitución del funcionario público, si la responsabilidad es civil o penal los servidores públicos o particulares quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por 10 años, entre otras sanciones. Los actos sancionatorios los harán las autoridades competentes señalando los medios de impugnación y defensa que procederán contra tales actos como se expresa en el artículo 59.

El sexto título sobre la liquidación de los contratos, es el más corto de los títulos de la ley 80, con solo dos artículos, ambos derogados por el artículo 32 ley 1150 de 2007. En el artículo 60 se expresaba un mutuo acuerdo de las partes para la liquidación del contrato con base a los tiempos estipulados en el pliego de condiciones para declarar la paz y salvo. El artículo 61 hablaba de liquidación unilateral por parte de la entidad cuando las partes no lleguen a un acuerdo o el contratista no se presente a la liquidación y se adoptará por acto administrativo. El título 7 habla del control de la gestión contractual. En el artículo 62 se manifiesta la intervención del ministerio público liderado por la procuraduría general de la nación para realizar las investigaciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten la normatividad; el artículo 63 habla sobre los informes y las visitas que la procuraduría a las entidades que requieren investigación. La participación de la fiscalía queda consignada en el artículo 64, encargado a este organismo de las investigaciones de la mano de la Procuraduría con la creación de unidades especiales. El artículo 65 concibe la intervención de las autoridades de control fiscal una vez se agotan los trámites legislativos de la legalización de los contratos, cuentas por pago, vigilancia fiscal financiera, de gestión y resultados del proceso contractual.

La participación comunitaria queda plasmada en el artículo 66, establece que todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano. A la vez en el artículo 67 ordena la colaboración de organismos que tengan el carácter de cuerpos consultivos del gobierno para servir de árbitros cuando se presenten discrepancias.

El octavo título normatiza la solución de las controversias contractuales, la resolución de las diferencias debe ser ágil, rápida y directa por parte de las entidades públicas y los contratistas (artículo 68), las autoridades no podrán establecer prohibiciones en la utilización de mecanismo de solución directa (artículo 69), pero podrían incluir en los contratos una cláusula compromisoria para someter las diferencias a consulta de árbitros (artículo 70), si el contrato no contiene esta cláusula cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un

compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento (artículo 71). De igual manera, se podrán interponer recursos en contra las decisiones arbitrales (artículo 72). Las asociaciones de profesionales y las cámaras de comercio pueden ser centros de conciliación y árbitros (artículo 73). Si las diferencias son de carácter técnico se deben evaluar por un experto designado por las partes o se debe someter a un organismo profesional, universitario cuya decisión será definitiva (artículo 74). Por último, el juez debe ser de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75).

El último título (noveno) contiene disposiciones en diversos temas: el regimiento por reglamento interno de los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales (artículo 76); La aplicabilidad de las actuaciones administrativas en procedimientos contractuales si son compatibles la finalidad y los principios de ley (artículo 77); la vigencia de los contratos, procedimientos de selección y procesos judiciales a la fecha de la celebración de los contratos (artículo 78); la reglamentación del registro de proponentes en las cámaras de comercio (artículo 79). Además, contiene la adecuación de los estatutos de la ley (6 meses a la fecha de promulgación), la derogación y vigencia de las leyes anteriores a la ley 80 (artículos 80 y 81 respectivamente).

3.3.2 Primeras modificaciones

La ley 80 de 1993 se caracterizó, por definir y consagrar los aspectos de selección de contratistas en un solo documento, ordenando las reglas y principios con las que se rigen los contratos con el Estado, se preocupó por la escogencia del contratista pero no por sustituir o modificar los acuerdos para contratar, no se trató de una propuesta relacionada con los contratos sino de un ordenamiento de normativas que se venían realizando mucho antes como está expresado en los antecedentes normativos. A la hora de la ejecución de los contratos se hizo evidente la presencia de desajustes y vacíos jurídicos contenidos en la ley 80, por lo cual se introdujeron modificaciones importantes con el fin frenar la inestabilidad de la norma, algunas precisiones fueron tenidas en cuenta gracias a la intervención de políticas mundiales, dichas modificaciones al estatuto de contratación no tuvieron el carácter de derogar o sustituir el régimen de contratación.

Entre las motivaciones para realizar ajustes y modificaciones al régimen de contratación impuesto con la ley 80 se contempla la gran cantidad de excepciones en la aplicación de contratos, aunque hay causales para ellos (cambio en los mercados, compras reservadas etc.) muchas de las excepcionalidades no estaban justificadas, provocando un detrimento en la transparencia que busca ser un pilar

de las compras públicas. Las excepciones buscaban dar salida al estancamiento en la aplicación de las normas, debido a la complejidad de los contratos y la realidad del mercado. Muchas de las excepciones en su aplicación tienen origen en la propia ley 80, ya que establece diferenciación en tratos entre entidades tales como empresas industriales y comerciales del Estado abriendo campo a contratos sin consulta de los principios orientadores de la contratación.

Otra falencia era la dispersión normativa para la aplicación en los contratos, los procesos de selección rígidos y la inexistencia de concordancia entre los presupuestos y las normas contractuales. Por lo que en 2003 se adoptó el CONPES 3249¹⁶ “política de contratación para un Estado gerencial” el cual contó con el apoyo del Banco Mundial, funcionarios públicos y contratistas para fijar lineamientos de eficiencia y transparencia en la administración pública. La falta de uniformidad entre las entidades contratantes; la ausencia de políticas de adquisición; la falta de una entidad con experiencia en contratación o un órgano que rigiera el tema; los vacíos en la reglamentación de contratación para la diferenciación entre regulaciones, prácticas y políticas; la falta de monitoreo y la falta de capacitación del personal encargado eran otros detonadores para las modificaciones que se presentaron en el régimen de contratación. En busca de corregir estas dificultades normativas, se gestaron importantes cambios:

El CONPES 3249 planteó la necesidad de fijar unas políticas claras para la contratación con recursos públicos, donde se incluya un marco normativo que re define la selección abreviada, los principios comunes y herramientas de gestión pública de la mano de un marco institucional con el desarrollo del sistema electrónico de contratación pública (SECOP) para una administración unificada.

¹⁶ El CONPES responde a las siglas del Consejo Nacional de Política Económica y Social, es una propuesta para formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que, dentro del marco de los objetivos del Estado comunitario, propenda por la eficiencia y la transparencia de la administración pública. Se basa en política de renovación de la administración pública, cuyo objetivo es el replanteamiento del aparato estatal dirigido a la materialización de una precisa concepción del Estado: el Estado comunitario que se realiza a través de un Estado participativo (que estimule la participación y que tenga en cuenta las demandas ciudadanas), un Estado gerencial (que administre lo público con eficiencia, honestidad, austeridad y por resultados) y un Estado descentralizado (que tenga en cuenta las necesidades locales sin perjuicio del interés nacional y de la solidaridad regional). (CONPES 3249, 2003, 4)

Muchas de las modificaciones de la normativa contractual se dan en contra del fenómeno de la corrupción presente en la estructura del Estado social democrático y constitucional de derecho, el fin de estas modificaciones es la completa preeminencia de la probidad en el actuar de los contratos con el Estado
(Rodríguez, 2011, 25)

La primera modificación importante fue la comisión intersectorial de contratación pública. Con la ley 489 de 1998¹⁷ se dictaminaron principios y reglas básicas a las organizaciones de la administración pública, en su artículo 45 se autoriza la creación de comisiones intersectoriales, las cuales coordina funciones y servicios públicos cuando los involucrados eran dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas. En esta línea 6 años más tarde se creó la comisión intersectorial de contratación pública, un órgano normativo sin responsabilidad ejecutiva como herramienta para corregir las prácticas en la contratación, ese órgano fue legalizado por medio del decreto 3620 de 2004¹⁸ el cual fue expedido por el programa de renovación de la administración pública del departamento nacional de planeación, el ministerio de hacienda y crédito público y el ministerio de comunicaciones, sus funciones en materia contractual fueron asegurar la coherencia y coordinación de las actividades de las entidades públicas; proponer la adopción de políticas públicas que orienten la gestión precontractual y contractual, con el fin de adoptar medidas de transparencia y visibilidad para la reducción de los costos en su operación y transacción; fortalecer la planeación de las entidades, la evaluación y el monitoreo de la gestión contractual por indicadores, implementado desde el sistema integral de contratación electrónica.

Entre las tareas más destacadas de esta comisión se encuentra la elaboración y coordinación de anteproyectos de ley, decretos, órdenes y directivas sobre contratación pública y someterlos a consideración del CONPES y el gobierno nacional; adelantar las gestiones para unificar la reglamentación en contratación

¹⁷ Ley 489 de 1998. Diario Oficial No. 43.464 del 30 de diciembre de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la constitución política y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Decreto 3620 de 2004. Diario Oficial 45727 del 9 de noviembre de 2004, por el cual se crea la comisión intersectorial de contratación pública.

utilizando parámetros como estudios técnicos, pliegos y procesos de selección y herramientas para la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos; desarrollar modelos contractuales, de operación y de control a la interventoría del contrato público. Como afirma, Bejarano (2009); esta comisión también opera con el sistema integral de contratación electrónica y brinda las capacitaciones a los funcionarios públicos en la eficiencia y la transparencia.

3.3.3 Ley 1150 de 2007

Con más de cinco proyectos de ley se aprobó la ley 1150 de 2007,¹⁹ la cual cuenta con 3 títulos y 33 artículos, el objeto de esta ley fue introducir modificaciones en de ampliación y especificación a algunos artículo de la ley 80 de 1993 así como incluir algunas disposiciones para la aplicabilidad del régimen de contratación pública. El título 1 contiene artículos que trata la eficiencia y transparencia, en el artículo 2 entra una de las modificaciones más importantes a la ley 80, se amplían y normatizan las modalidades de selección (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa); en artículo 3 que va de la mano con la ley 527 de 1999²⁰ se establece la publicación y manejo en medios electrónicos de los actos administrativos, documentos y contratos en materia contractual, con lo que se desarrolla el sistema electrónico para la contratación pública, SECOP.²¹

El artículo 4 estipula una distribución de los riesgos en los contratos que serán incluidos en los pliegos de condiciones; el artículo 5 estipula la selección objetiva donde se establece que la preferencia por elegir el ofrecimiento más favorable para la entidad que contrata. La verificación de las condiciones de los proponentes queda

¹⁹ Ley 1150 de 2007. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

²⁰ Ley 527 de 1999. Diario Oficial 43.673 del 21 de agosto de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

²¹ El SEPCO es la plataforma en la cual las entidades estatales deben publicar los documentos de todo proceso de contratación, desde la planeación del contrato hasta su liquidación. Permite a las Entidades Estatales y al sector privado tener una comunicación abierta y reglada sobre los procesos de contratación. actualmente se encuentra en su versión número dos.

estipulada en el artículo 6²² de esta ley, haciendo obligatorio el registro único de proponentes.²³ Las garantías del contrato (artículo 7) son expresadas en pólizas, garantías bancarias y cobertura de riesgos según las características y complejidad del contrato a celebrar. Con el fin de hacer público el proceso contractual, se reglamentó en el artículo 8 que las entidades administrativas deberán publicar los pliegos de condiciones y los estudios previos. De igual manera, se reglamentó la adjudicación de los procesos de contratación por medio de audiencia pública (artículo 9). El artículo 10 incluye a las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público dentro de las entidades que deben ser regidos por el estatuto general de contratación de la administración pública. Por último, el artículo 11 establece un plazo de 4 meses para la liquidación de los contratos de no existir un mutuo acuerdo o un término fijado dentro del contrato.

En el título 2 se estipulan disposiciones generales para la contratación con recursos públicos; el artículo 12 habla de la promoción del desarrollo para estimular la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental acorde con las condiciones del contrato. El artículo 13,14 y 15 involucran los principios generales del régimen contractual a empresas no sometidas, empresas industriales, sociedades mixtas y entidades financieras estatales, mientras el artículo 16 especifica cuáles entidades están exceptuadas del estatuto general de contratación de la administración pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad.

El último título de la ley 1150, incluye estamentos al régimen de contratación y modificaciones específicas. Los artículos 18, 19, 21 y 25 amplia, modifican o aclaran artículos específicos de la ley 80 de 1993; las inhabilidades contempladas en el artículo 8, el derecho de turno del que se habla en el artículo 4, la no exoneración de controles para los representantes legales del artículo 12 y las inversiones de fondos comunes del artículo 32 respectivamente. Los artículos 17, 27 y 28 establecen derecho al debido proceso, prórrogas en los contratos de concesión en

²² Con estas dos últimas modificaciones se logra tener un control de la capacidad máxima del contratista tanto en los aspectos técnicos como económicos.

²³ El registro único de proponentes es una inscripción legal que llevan las cámaras de comercio, para personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia que aspiran a celebrar contratos con las entidades estatales. En este registro consta la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera, capacidad de organización y clasificación del proponente.

los servicios de telecomunicación y televisión y la eliminación de la prórroga automática en obras públicas. Los artículos 20, 24, 26 somete al régimen contractual a organismos internacionales que financien algún proyecto con aportes del 50% o más, a las corporaciones autónomas regionales y al fondo financiero de proyectos de desarrollo, FONADE, respectivamente. Mientras que el artículo 29 es muy específico, incluyendo los elementos que deben tener y cumplir los contratos de alumbrado público. Los últimos 4 artículos de la ley hablan sobre la compilación de las normativas dispuesta, el régimen de transición de la ley, la derogatoria y su vigencia.

La ley 1150 de 2007 es quizás la reforma más trascendente, la cual se gesta gracias a diferentes proyectos e iniciativas como el proyecto de contratación del banco internacional de reconstrucción y fomento y el departamento nacional de planeación con el manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública donde se identificaron causas y fallas de la ley 80. En éste proyecto se investigó la jurisprudencia contractual en pronunciamientos generados entre el año de 1996 y el año 2002²⁴ lo que Según Rodríguez (2011) “permitió identificar dificultades en la planeación, la etapa precontractual, contractual y de liquidación en 10 años de vigencia de la ley 80” (pág. 94).

3.3.4 Decreto 2474 de 2008

Es un extenso decreto (92 artículos) el cual reglamenta parcialmente la ley 80 del 93 y la ley 1150 de 2007, es extenso al trabajar detalladamente las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva entre otros aspectos de la contratación pública. El primer título expresa las disposiciones generales en las modalidades de selección, lo cual amplía el artículo 2° de la ley 1150 de 2007, en este título se detalla el proceso de estudio de los contratos, los documentos previos, el proceso de convocatoria pública, el acto de apertura en el proceso de selección, el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, el proceso para ejercer modificaciones en el mismo, detalla también la manera de hacer público el procedimiento en el sistema electrónico de contratación pública (SECOP), los documentos que se deben incluir y las reglas de subsanabilidad. Se detallan los requisitos habilitantes, el ofrecimiento más favorable a las entidades contratantes y plantea el proceder al enfrentarse a

²⁴ Se analizaron 245 providencias del Consejo de Estado, 129 fallos condenatorios, 145 fallos absolutorios, 40 laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá.

las ofertas artificialmente bajas²⁵. También se estipula la presentación de la oferta en la subasta inversa, el proceso en la audiencia de adjudicación

El título 2 contiene 3 capítulos donde se detallan diferentes procesos en las modalidades de selección. El primer capítulo detalla los procesos de la selección abreviada, la subasta inversa, las bolsas de productos, la contratación de menor cuantía, los contratos para la prestación de servicios de salud, la selección abreviada por declaratoria desierta de la licitación, adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios, actos y contratos con objeto directo de las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado –EICE– y de las sociedades de economía mixta –SEM– y los procesos en contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, contratos de los bienes y servicios para la seguridad y defensa nacional. El segundo capítulo, expresa a detalle el concurso de méritos, la selección por concurso abierto, el procedimiento de precalificación y de selección, la escogencia de intermediarios de seguros, el contenido de los pliegos, la disponibilidad presupuestal, los integrantes y responsabilidades del comité asesor entre otras especificidades. El último capítulo, por su parte está dedicado a la contratación directa, exponiendo las normas generales y las causales para que se dé.

El tercer título expone otras disposiciones como la publicaciones de los contratos en el diario único de contratación pública, o en la gaceta oficial de la respectiva entidad territorial, detalla el régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional, las obligaciones de las entidades estatales que contratan con sujeción al estatuto de contratación de la administración pública, los procedimientos de imposición de multas, la obligatoriedad del manual de contratación en cada entidad sometida al estatuto general de contratación, la adjudicación con oferta única, el régimen de transición y la vigencia y derogatorias de la ley.

3.3.5 Otras modificaciones

²⁵ Son aquellas ofertas que sustentan un valor muy por debajo lo estipulado en el contrato por el cual concursan, esto va de la mano con los ofrecimientos favorables ya que los valores más bajos son los seleccionados, pero cuando estos valores están muy por debajo de lo presupuestado por la entidad contratante se debe argumentar las razones de los precios ofrecidos.

Después del decreto 2427 de 2008 y la ley 1150 las modificaciones que se han gestado en materia contractual van en la línea de estipular y exponer las minucias de los procesos, actos administrativos y documentación que no se había expresado explícitamente en las leyes anteriores. Por ejemplo, el decreto 2015 de 2009 en su artículo 4 solo especifica una información del artículo 47 del decreto 2474 de 2008, se aclara que los proponentes que deseen concursar en contratos de prestación de servicios públicos, deben estar inscritos en el registro especial nacional del ministerio de la protección social. Esta modificación no estipula un cambio trascendental, lo que hace es dejar por escrito una información necesaria para la operatividad. Así mismo, el resto de las modificaciones a partir de 2008: los decretos 3576 de 2009, 836 de 2009, 127 de 2009, 3083 de 2009, 2247 de 2009, 4828 de 2008 y 1430 de 2010, solo modifican artículos en su mayoría pertenecientes al decreto 2427 de 2008. Lo que quiere decir, en conclusión que desde las modificaciones posteriores a la ley 1150 y el decreto 2474 no se han gestado grandes modificaciones en materia contractual, pero si han intentado aclarar términos y requerimientos para la operatividad en materia contractual. Esto muy de la mano de señalamientos internacionales, que insisten en puntualizar todos los términos de la legislación.

4. OPERATIVIDAD DE LA LEY

Ya con un panorama conceptual presente y la normativa expuesta, es momento de ahondar en la manifestación concreta de la normativa y en su traducción como una actividad estatal; lo cual implica un ejercicio de descripción e interpretación entre lo contenido en la ley, las simplificaciones de los manuales de contratación y la operatividad conocida en campo. En cabeza de esta “traducción” están, las apreciaciones sobre los elementos rectores de la actividad contractual, puntos que considero relevantes desde la experiencia laboral de la que parte este trabajo, ya que fueron los elementos recurrentes al enfrentar los procesos de convocatoria, evaluación y ejecución de los contratos. Me apoyo fundamentalmente también, en la información que presenta el portal de contratación pública, Colombia compra eficiente, ya que es el sitio oficial donde se recopila y presenta la documentación de los procesos.

Fue necesario en el ejercicio de exponer la operatividad de la ley, ahondar en la figura del contrato estatal, puesto que, según el trabajo de campo, en la aplicación de los contratos, principalmente por sus cláusulas y su carácter incompleto, se presenta un vacío entre lo que dice la ley y la manera en cómo se manifiesta. Para desplegar este asunto tomó los aportes de la periodista Yuri Gorbaneff (2003)²⁶ y los aportes Jaime Orlando Santofimio (2009).²⁷

4.1 Entidades públicas

Al hablar de entidades estatales se hace referencia en general a organismos o dependencias del Estado que celebran contratos, en el caso colombiano se plantean desde dos categorías: una de ámbito territorial- administrativo es decir, regiones y departamentos, provincias, distritos capitales o distritos especiales, áreas metropolitanas, municipios y sus asociaciones, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación y entidades descentralizadas; y otra categoría vinculada con organismos administrativos como el senado de la república, cámara

²⁶ Gorbaneff en su artículo, *Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia* realizado para revista Cuadernos de administración de la Universidad de Javeriana analiza la figura de contrato estatal desde la teoría de costos.

²⁷ Por su parte Santofimio en su complicadísimo texto titulado: *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*, explica los términos de la teoría del equivalente económico en los contratos administrativos.

de representantes, consejo superior de la judicatura, fiscalía general de la nación, contraloría general de la república y contralorías departamentales, distritales y municipales, procuraduría general de la nación, entre otra.

Las entidades privadas que contratan con el Estado son empresas o particulares sin inhabilidades o incompatibilidades para celebrar contratos que bajo la normativa (ley 80, sus modificaciones y adiciones) presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, las empresas pueden ser: consorcios, uniones temporales, pequeña o mediana empresa, así como personas jurídicas nacionales o extranjeras.

4.2 Principios rectores

Derivados de los fines estatales, se fijan los principios bajo los cuales se debe desarrollar la contratación pública. En primer término, según la documentación de Colombia compra eficiente, se deben aplicar los principios constitucionales de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Pero la ley no define expresamente los principios, ni señala su alcance, por ejemplo, el artículo 23 de la ley 80 nombra expresamente los principios, pero no los limita. Fue necesario para presentar este tema indagar en las disposiciones contenidas en todo el cuerpo normativo del Estatuto y en los manuales de contratación, además por ser un tema que trasciende aspectos ideológicos y operativos del accionar político y económico del Estado hay referencias jurídicas desde la constitución, algunos decretos reglamentarios, el código civil y el código de comercio, además de regulaciones internacionales, que también fueron analizadas.

Los procedimientos contractuales en la práctica solo se pueden realizar si están autorizados por la ley, es decir que todo proceso que se lleve a cabo debe seguir los procedimientos expresados en la ley sin modificarlo, lo modificable no es el proceso, es la ley. Por lo que la regulación de los contratos debe ser previa a él. Los procesos de selección de contratistas las entidades estatales en Colombia, tienen la obligación de cumplir los principios contenidos en el artículo 209 de la constitución política. Estos principios fueron desarrollados en el estatuto general de contratos de la administración pública (ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios).

Los principios rectores de la contratación pública son concebidos principalmente desde los acuerdos internacionales donde se gesta el modelo, establecen un marco

general de derechos y obligaciones estipulando un proceder con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales para los países adheridos y observadores dentro de los convenios globales. La contratación pública se encuentra sometida a los principios de la administración pública y a los principios del control fiscal, ya que los recursos con los que operan los contratos provienen de fondos públicos.

En la práctica, todos los procedimientos contractuales deben operar según los principios explicados a continuación, aunque existen ciertas excepciones establecidas en la ley 1150 para instituciones o entidades relacionadas con defensa e inteligencia.²⁸ Solo en esos casos se puede contratar con precauciones especiales, en tanto, la información que se brinda para desarrollar contratos por entes privados no puede ser divulgada públicamente.

4.2.1 Transparencia

El principio de transparencia se encuentra consagrado en el artículo 209 de la constitución política, se expresa como un desarrollo del derecho fundamental constitucional a la igualdad. En materia contractual es expuesto en los artículos 24, 29 y 30 de la ley 80 y en la ley 1150, este principio busca garantizar la selección objetiva sin importar la modalidad que se utilice para contratar, va de la mano del artículo 3 del código contencioso administrativo y de modificaciones posteriores debido a los acuerdos internacionales de la Organización Mundial de Comercio.²⁹

Este principio se entiende como un pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso. Su cumplimiento parte de la misma concepción del proyecto (justificación, motivos y criterios), los estudios previos, la elaboración del pliego de condiciones,³⁰ los tiempos de publicación y recepción de documentos,

²⁸. La ley expresa que esas entidades son: SATENA, INDUMIL, el Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial – COTECMAR- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana – CIAC.

²⁹ Acuerdos dentro del Programa de Doha para el Desarrollo y Grupo de Trabajo sobre la Transparencia de la Contratación Pública.

³⁰ Punto de análisis según el trabajo de campo, muchos de los contratos ya estaban amarrados desde la concepción misma, las condiciones habilitantes solo permitían que una empresa con características muy concretas pudiera ganar el contrato.

el no soborno o preferencias de escogencia etc. Busca garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y adecuada escogencia de los contratistas (aún en contratación directa). Las entidades colombianas tienen la obligación legal de seleccionar a sus contratistas a través de licitación o concurso público y solo excepcionalmente de manera directa en los casos expresamente dispuestos en la ley. Para ello, según lo estipula la ley 598 de 2000 y el decreto 3152 de 2003, se debe realizar la comparación entre las ofertas recibidas o si es el caso una oferta única,³¹ los estudios previos; y las condiciones y precios del mercado.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de transparencia, es un desarrollo de los principios de igualdad y buena fe expresados desde la función administrativa. Según la sentencia C-887 de 2002, se señala lo siguiente:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista (Constitución política, 1991 artículo 83).

4.2.2 Publicidad

Como principio de las entidades administrativas, la publicidad está planteada desde la constitución como una garantía para la consolidación de la democracia y la seguridad jurídica; constituye uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del estado social de derecho (Constitución política de 1991, artículo 209). Desde la contratación pública según la ley (artículo 30 numeral 3 de

³¹Cuando solamente se recibe una oferta, el deber de selección objetiva se cumple comparando este ofrecimiento con el estudio previo que previamente ha efectuado la entidad, las condiciones y precios del mercado y con los precios registrados en el SICE.

la ley 80 de 1993), la publicidad se refiere las actuaciones para dar a conocer toda la información relacionada a los contratos, exteriorizando la voluntad de las autoridades por el cumplimiento de sus deberes, brindando la oportunidad a los ciudadanos de conocer los procesos y decisiones de la gestión estatal. Operativamente en 2007 la ley 1150 de 2007 (artículo 2) normatiza las recomendaciones internacionales³² para crear el sistema electrónico (SECOP) como medio único para el seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación. (Ministerio de comunicaciones, 2008). En algunos manuales, este principio suele hacer parte o desprenderse del principio de transparencia.

4.2.3 Economía

Este principio se encuentra delimitado en el artículo 25 de la ley 80 de 1993, es netamente operativo y abarca cinco condicionamientos, buscando agilidad y reducción de costos en los trámites del proceso contractual. El primer condicionamiento expresa que los pliegos deben señalar plazos y etapas que permitan a la entidad la escogencia objetiva del contratista, estos plazos son preclusivos y perentorios, esto quiere decir que no es posible revivir o devolver actuaciones que ya se han surtido dentro de proceso; en segundo lugar se fijan a los trámites contractuales que deben adelantarse con austeridad de tiempo, los plazos y requisitos contenidos en las normas se deben interpretar en el sentido de evitar trámites distintos a los estrictamente fijados en la ley. En tercer condicionamiento habla sobre como la ley debe actuar para abrir procesos de selección de contratistas, requiriendo previamente una disponibilidad de recursos para atender el gasto. El cuarto punto limitado en el principio de economía, es el condicionamiento a los actos y los trámites en los procesos no sujetos a revisión o control por parte de organismos externos de control, igualmente dice que al interior de las entidades las decisiones adoptadas en la selección de los contratistas o los contratos celebrados no deberán ser convalidados o revisados posteriormente por otras instancias, ni podrá solicitarse requisito no fijados en la ley. La condición última trazada en este caso, es la prohibición de documentos autenticados, originales, reconocimiento de firmas, apostillados o cualquier otra formalidad excesiva³³.

³² Documento CONPES 3249 aprobado por el consejo nacional de política económica y social en octubre del 2003.

³³ De acuerdo al trabajo de campo, en este condicionamiento caben excepciones que no son nombradas en la ley propiamente, en algunos contratos adjudicados se expresa en

4.2.4 Responsabilidad

Bajo el precepto de responsabilidad, las entidades gestoras de los contratos son las que deben vigilar dentro de lo posible cada detalle del proceso de contratación, generando una mayor autonomía para las entidades en su actuar, descentralizando la gestión pública. Al tiempo descarga en los servidores públicos la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, desde la etapa precontractual hasta la liquidación. También extiende obligaciones de particulares dentro del proceso como contratistas, permitiendo la participación en comités de estudios previos, interventorías y veedurías. Los servidores públicos están obligados a hacer cumplir los fines de la contratación estatal, por lo tanto, responden por los hechos y omisiones en los procesos contractuales en los cuales hayan intervenido. En materia del contrato como tal, la responsabilidad recae en el representante legal de la entidad pública contratante cuando se comete una falta. Es importante señalar que tanto en el estatuto contractual, como en el decreto ley 2150 de 1995 y la ley 489 de 1998, se faculta a los representantes legales de las entidades públicas para delegar parte de sus funciones, sin embargo esto no exime de responsabilidad al delegante.³⁴ Por último, se puede decir que este principio aplica en casos donde los contratistas presenten propuestas artificialmente bajas es decir participen con propuestas donde los precios son irreales, buscando ser seleccionados bajo el principio de economía; de igual aplica cuando oculten información o presente información falsa.

Resulta oportuno, añadir el papel de la figura de la interventoría³⁵, quien dada su función de verificadora del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, se convierte en una participante imprescindible en el proceso contractual. A través de su actuar busca salvaguardar el bien común y el interés general, representado en conductas integrales que, a manera de ejemplo, pueden ir desde el control del desarrollo y la ejecución de una obra de infraestructura

documentos previos solicitudes de este tipo, que al haber dispuesto con anterioridad pueden ser exigidos legítimamente.

³⁴ Concorde a la experiencia laboral, esto quiere decir que sí una entidad pública delega su función como entidad contratante, y se comprueba que el delegante ha cometido una falta, el representante legal y la entidad pública en cuestión deben responde por dichas actuaciones.

³⁵ Las obligaciones en todos los casos son disciplinarias, civiles y penales y están definidas en el artículo 26 de la ley 80 de 1993 pero acarrea otras normativas según la entidad.

haciendo observaciones; hasta evitar la ejecución de partes del contrato si se requiere.

4.2.5 Selección objetiva

En la contratación estatal, es obligatoria la elección de la mejor oferta, por medio de una evaluación detallada por parte de la entidad contratante, utilizando un sistema de puntos. El sistema de evaluación tiene en cuenta factores previstos en el pliego de condiciones y aquella oferta con el más alto puntaje o con la mayor calificación en relación costo – calidad, debe ser elegida. Los aspectos que se entran a evaluar son económicos, de riesgos, personal calificado, valores agregados a la propuesta, innovación etc. Dentro de la ley 80 de 1993 se estipula primeramente el principio de selección objetiva en el artículo 27, pero otros apartados también lo señalan³⁶.

Para escoger la mejor oferta se tienen en cuenta, genéricamente dos aspectos: en primer lugar, la idoneidad para contratar, es decir una capacidad financiera, experiencia y organización de los proponentes, que deben ser acordes al tipo de contrato a realizar, en ese caso las entidades públicas solo pueden fijar condiciones que sean necesarias para el cumplimiento del objeto contractual y no pueden otorgar puntaje por haber realizado contratos similares, solo verificar la experiencia. En segundo lugar, la idoneidad de la propuesta, es decir que la escogencia del contratista se realice de acuerdo a las propuestas entregadas, eligiendo las mejores circunstancias técnicas y económicas presentadas. Las proposiciones deben concebirse según los pliegos de condiciones, puesto que en ellos, se señala expresamente la forma de evaluación, las condiciones necesarias y el sistema de puntajes³⁷.

4.2.6 Planeación:

Este principio no aparece expresamente en ningún artículo de la ley 80 de 1993, se puede decir que está articulado a lo largo del estatuto contractual. En los numerales 12, 13 y 14 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 hace una referencia sobre la

³⁶ Propiamente la ley 1150 de 2007 en el artículo 5 y decreto 2474 de 2008.

³⁷ En campo, cuando tuve entre mis tareas revisar convocatorias y ayudar en la presentación de propuestas puede vivir de cerca una controversia debida a la exigencia de documentación no expresada dentro del pliego, pude conocer de primera la rapidez con la que se deben de realizar las reclamación ya que entrega de la documentación pude darse en menos de 3 días hábiles, y al no entregar la exigencias completas la propuesta no es evaluada.

imposición a las entidades contratantes, la obligación de adelantar los estudios, diseños y proyectos que permitan soportar futuros contratos, este accionar previo debe hacerse antes de la apertura de cualquier proceso de selección; determina además, que la administración debe planear los compromisos presupuestales a adquirir mediante contratación. Las entidades deben registrar y provisionar los gastos presupuestales que demande la contratación y tener estos gastos en los presupuestos anuales de la entidad. Adicionalmente, en 2008 el consejo de estado en una sentencia hizo alusión a estos requerimientos para efectuar contratación directa: “Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso público, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa” (Sentencia del 1 de diciembre de 2008).³⁸

El principio de planeación es una de las mayores garantías para la legalidad de la contratación estatal, y al no está expresado concretamente por medio de una norma puntual, su aplicación tiene un vacío importante. Aun así, actúa sobre todo en la etapa previa a la celebración del contrato ya que permite evaluar previamente la finalidad del contrato, su prioridad y la capacidad de la entidad asumir el costo, siendo una de las vías para evitar endeudamiento y desvíos de recursos públicos.

4.2.7 Mantenimiento de la ecuación contractual:

El último principio es llamado ecuación contractual y aplica para las entidades estatales, se desenvuelve a la hora de ejecutar los contratos. Las entidades estatales que formulan un proyecto a contratar, están en la obligación de mantener a favor del contratista, las mismas condiciones que se ofrecieron a la hora de publicar la propuesta, es decir que, si se van a realizar cambios, estos deben favorecer al contratista, ya que la entidad privada se presentó y paso un proceso de selección para ejecutar una propuesta específica, la cual no puede ser modificada perjudicándolo. Este principio tiene una acepción cuando se trata de contratación directa, en este tipo de contratación, por lo general las especificaciones se conocen una vez está adjudicado el contrato.

4.3 Modalidades de selección

En la ley se señala pobremente la forma de selección de contratistas utilizando por norma general la referencia de la licitación pública y la contratación directa para

³⁸ Consejo de Estado, sentencia del 1 de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603, sección tercera.

casos especiales, esto debido a la importación del modelo internacional. La licitación pública desde un inicio ha sido la modalidad por la cual se operaban todos los contratos, exceptuando los procesos de selección de diseños de arquitectura o estudios específicos. Debido a la gran variedad de contratos y los tiempos que requiere la licitación pública, se reglamentaron otras modalidades para ir acorde con la ejecución de los contratos. Con la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 se integraron recomendaciones nacionales e internacionales para la operatividad, ajustando montos y modalidades de selección.

4.3.1 Licitación pública

Como se menciona anteriormente, es la regla general de selección de contratistas debido a que se plantea como el pilar del principio de transparencia, (garantiza la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la libre concurrencia). Esta modalidad de selección se realiza por medio de una invitación pública a todas las personas o empresas potencialmente interesadas en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones y bajo criterios objetivos garantizados por el pliego de condiciones, presenten ofertas entre las que se escogerá la más favorable. La licitación pública, en la práctica, se reserva para objetos de carácter complejo y un valor alto, donde los requerimientos técnicos no son uniformes, principalmente proyectos de infraestructura y concesiones. Se encuentra regulada mayormente en la ley 1150 de 2007, artículo 2 y la ley 1474 de 2011.

La licitación es marco de referencia por el cual se dan modalidades de selección, de allí se desprendieron las otras modalidades que dependen de los montos, la naturaleza y las características del contrato. La clasificación se da para estipular las exigencias a la hora de seleccionar al contratista, según sea conveniente. El principal factor determinante en esta clasificación es el monto del contrato, la ley 1150 de 2007, fija por medio de escalas de las cuantías, dos clasificaciones dentro de la modalidad: menor cuantía y mínima cuantía, de las cuales se van a desprender las demás clasificaciones como el concurso de méritos y la selección abreviada.

4.3.2 Menor y mínima cuantía

Estas modalidades dependen exclusivamente de los montos del contrato, son clasificaciones dadas según el presupuesto de la entidad contratante estipulado en

salarios mínimos³⁹. De acuerdo con el artículo 2.2 de la ley 1150 de 2007, para acordar la mínima cuantía se hace una estimación entre el presupuesto de la entidad y la capacidad financiera, para dar un ejemplo, las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, tendrá una capacidad de contratar por medio de la categoría de menor cuantía con un presupuesto de hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.⁴⁰

Ahora bien, los contratos cuyo monto no exceda del 10% de lo que se estipula como menor cuantía, entran en la clasificación de mínima cuantía. Esta modalidad fue creada por medio del estatuto anticorrupción, artículo 94 de la ley 1474 de 2011 y se reglamentó de manera detallada en el capítulo V del título I del decreto 1510 de 2013.

Según el manual anticorrupción del ministerio del interior y de justicia (2011) la mínima cuantía se estipuló, gran medida, como un procedimiento ágil para garantizar la pluralidad de oferentes, incorporando la posibilidad de que las entidades públicas puedan realizar adquisiciones en grandes almacenes, lo que garantiza que un menor precio (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011, 13).

Las modalidades establecen unos puntos característicos para ser aplicados en el contrato como tal: en primer lugar, las adquisiciones de bienes, servicios y obras en esta modalidad deberán tener un estudio previo simplificado, únicamente con la descripción de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar identificado; las condiciones técnicas exigidas; el valor estimado del contrato y su justificación; el plazo de ejecución del contrato; el certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación; tener previstas las garantías exigidas, la forma de pago y el plazo de ejecución. En segundo lugar, se considera obligatoria la publicación de una invitación para participar en el SECOP por un término no inferior a un día hábil, señalando el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, y las condiciones técnicas

³⁹En campo llamo mi atención que, la estipulación de los montos es un ítem que el contratista debe revisar en cada entidad, debido a que, aunque aparece a la hora de filtrar la búsqueda de contratos, el monto puede ser diverso, es decir Bogotá como ente territorial no maneja la misma clasificación de cuantías que un municipio rural pequeño y al presentarse a contratar tal vez la capacidad financiera le permita al contratista concursar en unos municipios, pero no le permita presentarse en Bogotá, sin importar que ambos se encuentren clasificados bajo el rublo de mínima o menor cuantía.

⁴⁰ Todos los montos de clasificación se encuentran establecidos en el artículo 2.2 de la ley 1150 de 2007.

exigidas, se señala en la norma además, los aspectos formales que debe contener la invitación: descripción del objeto a contratar, condiciones técnicas exigidas, valor estimado del contrato y su justificación, forma de acreditar la experiencia mínima, de haberse exigido, capacidad financiera mínima entre otras. Por último, se establece que el precio es principal factor de selección, por lo que la entidad seleccionará la propuesta con el menor valor, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas. En caso de empate se escogerá a la propuesta que se presentó primero.

4.3.3 Concurso de méritos

El concurso de méritos es una modalidad dada según la naturaleza del contrato. Aplica para la selección de consultores o proyectos, por medio de un concurso abierto o de pre calificación, con convocatoria pública limitada según experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes. Por encima del precio se califica hoja de vida y propuestas. Se encuentra regulada en la ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 3. Los criterios de evaluación en el concurso de méritos son muy diferentes al de las demás modalidades, en este caso se evalúan: la experiencia tanto del proponente como del personal que desarrollará la consultoría o proyecto; la capacidad intelectual del equipo consultor y la organización del proponente. Es importante destacar que en los concursos de méritos no se avalúa la propuesta económica del oferente, en ese caso solamente es verificable que dicha oferta no exceda el presupuesto estimado para la contratación. Los concursos de méritos pueden adelantarse: por procedimiento abierto o con precalificación, estas dos submodalidades obedecen fundamentalmente a la metodología o enfoque bajo la cual se puede desarrollar la consultoría o el proyecto.

4.3.4 Selección abreviada

La selección abreviada es una denominada como simplificada, debido a que los plazos y condiciones en su procedimiento son menos exigentes que para la licitación pública y está dada de igual manera por la naturaleza del objeto a contratar. Se aplica en la adquisición o suministros de productos o servicios por medio de subastas, bolsas de productos o compras por catálogo, con presupuestos pequeños (menor cuantía). Se encuentra regulada en la ley 1150 de 2007, artículo 2 numeral 2.

Dentro de la selección abreviada se encuentran sub categorías según el objeto y los montos a contratar como: la subasta o puja; los contratos para la prestación de servicios de salud; la enajenación de bienes del Estado; la adquisición de productos

de origen o destinación agropecuarios, que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas. En este caso también se pueden contratar bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional, que no involucren información de operación, como contratos para proveer uniformes, infraestructura o productos de alimentación. Para aplicar la modalidad de selección abreviada, se estipulan varios criterios como el valor estimado de la contratación, las características del bien o servicio y la destinación de los bienes o servicios que se pretende satisfacer. Pero al tratarse en la mayoría de casos de adquisiciones con características técnicas uniformes y de común utilización, el único criterio de selección debe ser el menor precio.

4.3.5 Contratación directa

La contratación directa es de carácter excepcional y no puede superar un monto del 10% de la menor cuantía. No está clasificada por la naturaleza del contrato, sino por la necesidad del mismo, están restringidas a casos particulares como la urgencia manifiesta o contratos del sector de defensa (debido a la reserva de la información). Las causales para la utilización de esta modalidad de selección, están señaladas expresamente en la ley, las cuales deben ser ampliamente justificadas por la entidad contratante, especificando cómo se va a suplir el gasto presupuestal y las razones por las cuales sido necesario acudir a un proceso de este tipo. Todo esto, puesto que son contratos con un proceso previo demasiado rápido, que no acude a las necesarias revisiones presupuestales.

Existe nueve causales fijadas en la ley: urgencia manifiesta, contratos de empréstito, contratos interadministrativos, bienes y servicios que requieran reserva para su adquisición, siempre y cuando sean para el sector defensa o el DAS, contratos para el desarrollo científico o tecnológico, inexistencia de pluralidad de oferentes, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que requiera la entidad para su normal funcionamiento o aquellos de naturaleza artística que solo sean encomendables a una persona natural, los contratos de encargo fiduciario y el arrendamiento o adquisición de inmuebles. Todos estos casos se encuentran regulados en: la ley 1150 de 2007; la ley 1474 de 2011 (artículo 94); la ley 1474; el decreto 2516 de 2011 y el decreto 2474 de 2008.

4.4 Clasificación de los contratos

Dependiendo de la naturaleza o las características de los contratos, también se da una clasificación específica, esto en tanto se van a general unos requerimientos específicos, que están relacionados con el objeto del contrato y no solo con el monto que se va a ejecutar. Es decir no se requiere el mismo procedimiento para contratar

la construcción de un colegio, que para el mantenimiento del mismo. Principalmente esta clasificación se da, por el tipo de servicio al que apunta el contrato.

4.4.1 Contrato de obra:

Son aquellos que involucran la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo realizado sobre un bien inmueble, estos contratos no se pueden efectuar a través de selección abreviada, debido a que no es considerado con características uniformes o de común utilización, por lo que la forma de selección se debe desarrollar por las otras modalidades de selección, dependiendo de los montos, para lo cual los criterios de selección deben ser la calidad y el precio.

4.4.2 Contrato de consultoría

Los contratos de consultorías son Aquellos que celebren las entidades públicas para el diagnóstico de desarrollo de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad de programas o proyectos, las asesorías técnicas, las interventorías, asesorías o gerencia de obras o proyectos, la dirección o ejecución de diseños, planos, proyectos y ante proyectos. En ellos predomina el componente intelectual. El contrato de consultoría más utilizado es la interventoría de obras o proyectos, la cual tiene como fin realizar un acompañamiento especializado para supervisar la ejecución de un contrato de obra o el desarrollo de un proyecto. Es importante destacar que por medio del artículo 32 de ley 80 de 1993, se establece una vinculación directa entre los contratos de obra y los contratos de consultoría, la ley reglamente que los contratos de obra que celebren las entidades públicas deben contar con una interventoría externa a la entidad y por consiguiente contratada como consultoría.

Es así, como un contrato de obra, involucrar varios a su vez contratos de consultoría; por ejemplo, para la construcción de una vía se requiere en primer lugar la evaluación de una política pública o de factibilidad de la obra, se debe contratar un diseño y la interventoría para su ejecución. Cabe anotar además, que los contratos para la selección de los consultores debe utilizar la modalidad de concurso de méritos.

4.4.3 Contratos de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicio los ejecutados cuando las entidades públicas no cuenten con el personal de planta necesario para atender actividades estipuladas para su funcionamiento, por ejemplo, actividades operativas, logísticas, asistenciales o mantenimiento. Estos contratos están regulados actualmente por el

decreto 4266 de 2010, especificando que la modalidad de selección de estos contratistas es la contratación directa. Igualmente, la ley señala específicamente que estos contratos no generan relación laboral para con la entidad pública contratante.

4.4.4 Contratos de concesión

Estos contratos son quizás, donde se delega mayor responsabilidad a la entidad privada contratante por parte del Estado. Se dan en varias circunstancias: cuando las entidades públicas otorgan a un particular los derechos para la operación, explotación, mantenimiento, prestación, organización o gestión de un servicio público; cuando se concede a un particular los derechos o facultades para la explotación de un bien, como sucede mayormente con la minería; de igual forma cuando se genera un contrato para la construcción, mantenimiento, operación y conservación de un bien destinado al uso público. La modalidad de selección de este tipo de contratos es la licitación pública,

Lo que varía de los tipos de contratos es que la prestación del servicio, la operación y gestión de las actividades inherentes al desarrollo del contrato se realizan por cuenta y riesgo del contratista, la remuneración a la cual tiene derecho contratistas por la ejecución de estas actividades consiste en derechos, tasas o tarifas que se fijen por concepto de la utilización de este bien o servicio. Por ejemplo, muchas vías se realizan por medio de contratos de concesión, la remuneración la pagan quienes utilizan las vías por medio de los peajes.

4.5 Etapas del proceso contractual

Las entidades estatales deben cumplir una serie de procedimientos para poner llegar a contratar, cualquier tipo de bien o servicio, desde la concepción del proyecto, su financiación hasta los materiales y documentos que va a requerir. Este proceso cuanta con tres etapas, una previa llamada pre contractual; una segunda etapa llamada contractual y una etapa final denominada post contractual de ejecución de los contratos:

4.5.1 Etapa pre contractual

La primera etapa, inicia con la elaboración de los estudios previos y termina con la adjudicación del proceso de contratación. Contempla la planeación de los contratos, donde se presentan uno requisitos previos comunes a todas las modalidades de selección. Es aquí donde se realiza toda la justificación del contrato y se hace el diseño. El instrumento fundamental en esta etapa es documento de estudios

previos, ya que será la guía del contrato en su ejecución. Los estudios previos permiten la identificación y descripción de la necesidad del contrato; el análisis de las alternativas para satisfacción la necesidad; y presenta la selección de la alternativa más favorable. De igual manera realiza la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales. Dentro de los estudios previos se hacen las exigencias de garantías, la justificación de los criterios de selección, se plantean los fundamentos jurídicos de la modalidad de selección. En el caso de obras civiles se realizan los diseños del proyecto, que son plasmados dentro de los estudios previos (artículo 3° del decreto 2474 de 2008).

Las exigencias legales en esta etapa aparecen en el artículo 25 de la ley 80. los estudios previos como tal se encuentra reglamentada en el artículo 8 del decreto 2170 de 2002, como desarrollo de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993; exigiendo en los estudios de planificación un análisis de la conveniencia y la oportunidad de realizar el contrato: “Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños, proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia” (ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 12)

Los estudios previos son un requerimiento antepuestos a la apertura de los procesos de selección y deberán contener unos elementos mínimos: la definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o pre diseño; las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo; el soporte técnico y económico del valor estimado del contrato; y el análisis de los riesgos de la contratación, por consecuencia además el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

La normativa específica también, que las entidades públicas contratantes solo pueden celebrar contratos, al verificarse las condiciones contractuales: estudios previos; registro en el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal; registro único de precios de referencia (RUPR); determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos; determinar el impacto social y ambiental si es pertinente; consultar los impuestos, hacer el análisis del mercado; elaborar el presupuesto; realizar la determinación del sistema de precios; seleccionar la forma de pago; tener la estimación de los costos por ajustes e imprevistos; contar con la determinación y procedimiento de selección del contratista; verificar la apropiación presupuestal; y hacer la programación de la contratación y del desarrollo del

contrato. La única excepción que se presenta, es cuando se va a generar proceso por contratación directa (ley 80 de 1993, artículo 24 y decreto 2170 de 2002).

Una vez se tienen los estudios previos y las verificaciones pertinentes según el contrato, las entidades públicas pasan presentar el pliego de condiciones o los términos de referencia para ser publicados en el portal de la entidad y en el portal nacional de contratación pública (SECOP, artículo 8, decreto 2474 de 2008). Una vez publicada la documentación, los posibles contratistas pasan a revisar los pliegos y los estudios previos, hacen sus propuestas o de ser el caso envían observaciones y sugerencias, que puede producir una adecuación y elaboración de pliegos de condiciones definitivos. Se pasa a un momento final dentro de la etapa, con la evaluación de las propuestas por medio de un sistema de puntuación señalado en los estudios previos. Esta etapa culmina al elegir el contratista.

4.5.2 Etapa contractual

La etapa contractual, contempla todo el desarrollo del objeto contractual, es una etapa de documentación y ejecución por parte del contratista elegido y de acompañamiento y supervisión por parte de la entidad pública que contrata. Debe darse en las condiciones de forma y plazo estipulados en el pliego de condiciones y pactados de manera definitiva en el contrato. Esta etapa inicia con la firma del contrato, que debe realizarse por escrito entre la entidad ordenadora del gasto y el representante legal contratista. Si hay varias entidades públicas implicadas como contratantes, se realiza un contrato interadministrativo, donde todas las partes involucradas deben firmar el contrato (ley 80 de 1993, artículo 41). Luego de la firma del contrato y su legalización, se designa un supervisor o interventor, se firma un acta de inicio (la cual marca la fecha real de inicio del contrato, es decir, a partir de esa fecha es que se cuenta el plazo estipulado de ejecución)⁴¹, si es necesario se realiza un anticipo.

En última instancia en la etapa contractual, se pasa a la efectiva ejecución del contrato, y aunque depende de cada objeto contractual, se mencionan situaciones

⁴¹ Durante el periodo de campo, conocí muchos casos de contratos en los que estipulaba una fecha de inicio, pero se comenzaba a trabajar hasta un mes después, debido a la necesidad de rediseñar, esperar el paso de temporadas de lluvia o esperar suministros especiales. En los casos donde las demoras ocurren antes de la firma del acta de inicio no acarrearán ningún tipo de medida; la dificultad se planteaba, cuando se daban retrasos una vez firmado el documento, ya que se requiere solicitar una adición de tiempo de manera bien justificada.

que se pueden presentar y que quedan reguladas, principalmente en lo que se refiere a la cesión del contrato, terminación anticipada; modificaciones, adiciones, modificaciones, ampliaciones y prórrogas, que dependerán de la justificación de las modificaciones. Para que se lleve a cabo la modificación del contrato, esta debe ser solicitada por el supervisor o interventor del contrato, indicando las razones o fundamentos para el cambio. Es necesario resaltar que el contrato debe encontrarse en ejecución, y se debe verificar que la modificación requerida no altere la esencia del objeto contractual, ya que esto pudiera resultar en un incumplimiento por parte del contratista.

4.5.3 Etapa post contractual

Una vez cumplidos los términos establecidos en el contrato, o por terminación anticipada, se inicia la última etapa del proceso de contratación, esta es la etapa de liquidación del contrato, esta etapa no puede ser detallada, puesto que, al igual que la ejecución de los contratos depende de cada objeto contractual. Pero hay términos generales, aspectos comunes en esta etapa aplicable a todos los contratos. En primer lugar, se debe formalizar la terminación del contrato ya sea por común acuerdo, unilateralmente, por caducidad o por el cumplimiento pactado. El artículo 60 de la ley 80 de 1993, señala que se debe presentar un acta de liquidación con los acuerdos, conciliaciones y transacciones logradas por las partes para dar terminado el contrato y poderse declararse a paz y salvo.

Para la liquidación del contrato y dar cierre total al proceso, la entidad contratante puede exigir al contratista una extensión o ampliación, de las garantías, para verificar si es el caso: la estabilidad de la obra, la calidad del bien o servicio suministrado, la provisión de repuestos y accesorios, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, y el cumplimiento de responsabilidad civil. Las garantías están descritas y pactadas, por lo general en forma de pólizas o cauciones aparadas en la cláusula penal pecuniaria (ley 80 de 1993, artículo 13).

4.6 Contratar con el Estado: problemas jurídicos

El contrato estatal es la figura jurídica operativa de la contratación como actividad estatal, es en los contratos donde se estipulan y dictan los deberes y obligaciones de los proyectos, es donde se especifica cómo se va ejecutar la adquisición de bienes y servicios, pero sobre todo es el modelo que oficializa el acuerdo entre el Estado y la entidad privada contratista. Como se presentó en los antecedentes normativos, el régimen jurídico nacional ha pasado por posturas derivadas del derecho administrativo francés, en materia contractual. Durante sus inicios, la figura del contrato estatal no existía como tal, los contratos se ejecutaban por normas y

principios del derecho privado, es decir, los contratos que celebraba el Estado eran genéricos, de carácter privados y aplicaba para ellos el derecho privado. Con la reforma judicial de 1964 (decreto 528) se dio la ante sala al contrato Estatal, este decreto fue la primera norma que produjo una diferenciación entre los contratos, se empezó a hablar de un contrato especial, ya que involucraba al Estado como una de las partes a acordar. Según Jaime Orlando Santofimio (2009) la reforma judicial en los años sesenta⁴², que produjo la primera diferenciación tajante entre los contratos privados y celebrados por el Estado, no duro mucho por su carácter intervencionista, esta reforma introdujo principios y derechos públicos pero pretendía que la administración tuviera el poder para exceder los límites de las cláusulas afectando los fundamentos económicos de los particulares que pretendían contratar.

Desde 1993, con el estatuto de contratación, el concepto de contrato estatal aparece por primera vez oficialmente. La ley 80 de 1993 se refiere en los artículos 1 y 32 al contrato estatal como: el negocio en donde una de las partes participantes implicadas es una entidad estatal, o un particular que cumple funciones administrativas. Con las modificaciones de la ley también se modificó el concepto, el primer artículo de la ley 1150 de 2007 (modificación de la ley 80) habla sobre los contratos del Estado como aquellos que se realizan con los recursos públicos; ampliando el campo de acción de esta figura; quiere decir esto, que en todo contrato estatal va a estar presente el Estado a través de alguna entidad o van a estar involucrados los recursos públicos. A partir del estatuto de contratación es que aparece en Colombia el contrato estatal, y por regla general del derecho administrativo, se dictaminaron normas y principios generales a la hora de contratar, donde el Estado, al igual que los particulares debía actuar en condiciones de igualdad (debe de cumplir y respetar lo pactado en las cláusulas).

Los cambios en el concepto cambios comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, la cual contempla el principio de la libre competencia económica en donde los actores públicos - Estatales no pueden ser un obstáculo para el ejercicio de dichas libertades económicas. Teóricamente el contrato estatal del que habla Santofimio, es una articulación del concepto de contrato en el derecho privado: entendido como un pacto o compromiso asumido voluntariamente con obligaciones legalmente establecidas en las cláusulas con una de parte participante estatal. Los compromisos pactados adhieren implicaciones sobre intereses públicos

⁴² Reforma judicial de competencias contenciosas, Decreto 528 de 1964.

y comunitarios, lo que genera una posición dicotómica, en tanto hay una relación entre las normas, reglas y principios derivados del sub sistema jurídico privado, y los principios, reglas e inscripciones constitucionales inspiradas en el mantenimiento y preservación del bien común:

La corte constitucional, al ocuparse de manera general del tema, hace énfasis en que la consagración del principio y su correspondiente acatamiento estricto por parte de las autoridades y de los asociados implican conflicto u oposición entre los intereses de la comunidad y de los particulares. Y es justo a partir de esta circunstancia como adquiere importancia institucional, el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, su ejecución o su correspondiente liquidación. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo (Santofimio, 2009, 25, 26)

Puedo anotar tres problemáticas en la figura de contrato estatal, la primera de ellas es la manera en que está concebido en la ley 80, ya que es defectuoso, es un modelo único y no logra dar respuesta eficaz a la gran variabilidad de los objetos contractuales. Según la teoría de costos que presenta Yuri Gorbaneff (2003) los contratos que realizan las entidades administrativas son contratos incompletos, es decir dejan espacio para la renegociación de términos, lo cual es un problema, debido a que cuánto más completo es el contrato, menos espacio queda para el oportunismo de la empresa contratista:

La teoría de los costos de transacción sugiere que los contratos van a tener diferentes grados de completitud. Un contrato es completo cuando es contingente, esto es, cuando las partes prevén todas las contingencias y las escriben en el contrato; cuando la información entre los agentes es simétrica, y cuando es obligatorio legalmente y es posible su imposición por una corte, la información es verificable por los terceros, la ejecución es perfecta y no hay necesidad de dispositivos protectores contra el oportunismo. Cuando estas condiciones no se cumplen, se trata de un contrato incompleto (Gorbaneff, 2003, 5)

Esta situación se presenta en gran medida, debido a que se dejan puntos sin estipular en los contratos por los altos costos que tienen los estudios previos,

entonces, las entidades estatales para reducir los costos finales del contrato, redacta el contrato lo más complejo posible en términos económicos (según la teoría de los costos de transacción) pero dejando espacios para resolver asuntos sobre la marcha. Aunque esta situación da lugar a la desviación de recursos por improvisación, debido a la necesidad de redefinir términos, prima en el accionar, reducir los costos desde donde sea posibles, por lo que termina siendo más factible en el accionar, realizar adiciones de obra, que gastar en el perfeccionamiento del contrato desde los estudios previos.⁴³

Así las cosas, lo que puedo ver es que el Estado envía un mensaje equivocado a las empresas contratistas, en vista de que el contrato es incompleto y se pueden renegociar términos en el proceso de ejecución, los contratistas puede presentar las propuestas iniciales, diseñadas para ganar, es decir con precios bajos y características que logren puntarlos muy bien, sin estipular contratiempos, con incentivos de innovación entre otros; pero siendo una propuesta irreal, que a la hora de ser adjudicada y pasar a la ejecución del contrato, puede ser renegociada, aumentando los costos, reduciendo aspectos técnicos, eliminando algún componente de innovación, entre otras cosas. Factores que, en gran medida, pudieron haber sido los determinantes en su adjudicación. Desde la experiencia laborar logre ver que muchos asuntos deben resolverse sobre la marcha, debido a la geografía, el clima y el suelo, situaciones que están ligeramente contempladas en los riesgos del contrato, pero que su magnitud solo puede ser entendida, al alcanzarse cierto grado de ejecución en las obras y solo en ese punto se sabe, que técnicas o manejos son los adecuados para darle solución.

La segunda problemática es la falta de una clasificación efectiva de los contratos. De acuerdo a Santofimio, es necesario tener una gama de contratos, que dependan del tipo de bien o servicio que sea objeto de contratación y jerarquizados según su grado de complejidad. Si bien, desde la ley hay unos tipos de contratos, los modelos existentes no son suficientes, son más una clasificación por tipología, que una gama de opciones acordes a los proyectos estatales que se ejecutan.

Como ultima problemática, encuentro que el contrato estatal tiene como principio vertebral el interés público, fundado en el Estado social de derecho, con lo cual es

⁴³ En campo, fue común ver esta situación en los contratos de infraestructura, muchas veces cuando se tenía que perforar terreno no se sabían las condiciones de éste, debido a la falta de un estudio geológico previo, por lo que, si era necesario realizar acciones técnicas adicionales, la entidad contratante adicionaba los recursos y el tiempo con facilidad.

inadmisible que un contrato no responda a los fines Estatales. Esta situación es, en muchas ocasiones motivo de controversia ya que muchos contratos y en especial muchas obras de infraestructura no parecen apuntar al interés público sino a un gasto administrativo que favorece a los contratistas, y es que con cualquier justificación se puede decir que un proyecto apunta al bien común, pero existe ningún comité, estándar o modelo de verificación para evaluar los proyectos y dar la garantía de que es un proyecto para el interés general.

Desde los casos que logre conocer, un ejemplo de estas problemáticas es el contrato del ecoparque cerro del santísimo⁴⁴ en el departamento de Santander. Este proyecto costo alrededor de cuarenta y dos mil millones de pesos. Entre sus polémicas⁴⁵ se destaca: el uso de recursos que favorecen intereses particulares; su financiamiento con los recursos por regalías; y sus condiciones habilitantes que favorecían a una empresa en particular. En la justificación del contrato, los fines estatales a los que apunta esta obra, son el desarrollo turístico de la región, un fin que persigue más bien desarrollo de un sector de corte privado. Por otro lado, parte de los recursos que se invirtieron en el contrato, son recursos de regalías, los cuales por ley ⁴⁶ si van a ser gastados por contratación pública, deben ejecutarse prioritariamente en el sector de la infraestructura en campos de la salud, educación, agua potable y alcantarillado.

Por último, las condiciones habilitantes del santísimo, están en el limbo, entre: lo establecido en el artículo 30 de la ley 80 de 1993 donde se plantea que, en el pliego de condiciones deben aparecer las condiciones habilitantes para los proponentes y estas condiciones deben apuntar al desarrollo del objeto contractual; y el principio de economía que exige unas condiciones mínimas que garanticen la variedad de proponentes, para la elección de un contratista. El contrato del Santísimo en cambio, termino siendo tan particular, que cerró el abanico de proponentes a una empresa específica; el contrato requería, una la certificación, por la realización de un sistema de telecabinas, de condiciones similares al objeto del contrato, lo que vuelve a esta cláusula problemática, es que restringe la experiencia al departamento de

⁴⁴ Contratos LP - 0658 (ecoparque); LP-0954(cable aéreo); CM-1023 (interventoría).

⁴⁵ El proceso de investigación de este contrato se encuentra en informe de contraloría no. 22.

⁴⁶ En la ley 756 de 2002 se establecen los criterios de distribución del Fondo Nacional de Regalías, específicamente el artículo 25, en modificación del artículo 50, parágrafo 4 de la Ley 141 de 1994.

Santander, cerrando las opciones a una sola empresa ya que solo una entidad privada había realizado un obra similar en el departamento.

En conclusión, hay que decir que, en su forma operativa, la figura de contrato estatal termina por obedecer a prácticas clientelistas, donde no hay espacio para la real competencia que plantea el modelo, que de por sí ya es bastante compleja. Si bien, la ley expone en los contratos, los derechos y los deberes del Estado de los contratistas como: la ejecución idónea y oportuna; el reconocimiento, garantías y cobro de sanciones; la actualización o revisión de precios cuando afecten el equilibrio económico o financiero del contrato; la revisión periódica de las obras ejecutadas y adopción de las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras durante el desarrollo y la ejecución del contrato (artículo 4). Estos derechos y deberes son reglas modificables por el mismo carácter incompleto del contrato estatal, por lo que termina siendo un cumulo de reglamentaciones muy maleables.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar, quiero diferenciar algunos aspectos de orden estatal, internacional y normativo, para resaltar la importancia que tiene la contratación pública, para constatar el hecho de que el Estado ha descargado en instituciones privadas, la responsabilidad en el ofrecimiento y adquisición de bienes y servicios.

5.1 Sobre lo estatal

El papel del Estado está quedando proscrito al de mediador, entre la empresa privada y la sociedad civil, basta con dar una mirada a las funciones que despliega el Estado a través de los contratos, para encontrar que gran parte de presupuesto, de la inversión y del funcionamiento estatal, se designa en contratos. Las entidades gubernamentales ya no ejecutan sus proyectos, los concilian a través de entes privados. A ciencia cierta, no es el Estado quien realiza los planes de gobierno, ni quien ejecuta las políticas públicas, es el sector privado. La actividad estatal está siendo reléjala y la contratación pública es el puente entre los recursos públicos y las empresas privadas.

Como se ha repetido, el Estado social de derecho está fundamentado en el interés general y en búsqueda del cumplimiento de unos fines esenciales, ligados a las declaraciones de derechos humanos y económicos, para ello se requiere de los servicios públicos para garantizar y promover la prosperidad y el bienestar de la comunidad. Pero por su importancia para el desarrollo económico estatal, el sector de los servicios públicos ha experimentado una fuerte liberalización y ha generado como consecuencia, la liberación de otros sectores que no se consideraban anteriormente públicos, como el sector de telecomunicaciones o el de transporte.

Cabe anotar además, que si bien, las capacidades del Estado ya no logran cumplir a cabalidad con los fines estatales dentro del estado social de derecho, y se han justificado en medida, la adopción del libre mercado para ello, la liberalización del mercado en el campo de los servicios públicos debe ir acompañada por un ordenamiento normativo que no desvincule al Estado de esta obligación, asunto que no se ha dado. Hay que ser claros que la empresa privada no ejerce para el bien común, con lo que descargar esta responsabilidad en ellas, produce efectos sobre la calidad de la vinculación laboral y la calidad del servicio.

5.2 Sobre lo internacional

La contratación pública desde su carácter internacional, es un modelo de compras estatales, ligado a organizaciones internacionales y acuerdos multilaterales, este modelo, que parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y de las ideas de libre mercado, competitividad y participación estatal en el mercado globalizado, puede ser entendido de una mejor manera, como un modelo económico estatal para la adquisición de bienes y servicios y no como un mecanismo de operación, ya que va de la mano de la apertura a los mercados internacionales, la integración y de la libre competencia y sus implicaciones son políticas, económicas, jurídicas y sociales. El problema de acogerse al modelo desde su concepción internacional radica, en que los costos de adhesión no son iguales para todos. Lo planteado en los acuerdos como puntos con una importancia menor, resulta tener un alto precio en algunos países.

Aunque muchos países, entre ellos Colombia, no están vinculados plenamente al acuerdo de contratación pública, en el caso nacional si se ha aplicado en gran medida el modelo y se ha modificado la normativa local. Esto tiene que ver con las prioridades económicas y políticas de cada país y los modelos estatales que rigen.

Muchos países no se acogen a estas medida, en particular por las afectaciones que tendría a nivel local, ya sea porque no pueden competir con otros países sin afectar el mercado nacional, por no querer supeditar su autonomía jurídica o por que no apuntan a la apertura de los mercados como eje económico; por ejemplo Bolivia, Ecuador y Venezuela, no presentan una liberalización de las compras gubernamentales, su modelo estatal no está dando sobre el libre mercado, si bien se vinculan a acuerdos regionales con otros países, sus políticas nacionales tienen un corte más proteccionistas y están orientadas al desarrollo interno. En el caso de Colombia, la prioridad desde hace varios años ha sido la apertura económica, situación que se ha buscado por medio de la explotación de las materias primas y la financiación de proyectos de renta derivados de estos productos.

En la misma línea Ulloa (2006), analista económico de la CEPAL, señala el modelo de compras estatales como impuesto, ya que tiene unos requerimientos internacionales, normas fundadoras, que por ser inscritas desde organismos internacionales son superiores a las nacionales, lo que suscitan cambios importantes en la legislación y el manejo de los países, afectando la autónoma. Para Ulloa, muchos países latinoamericanos han optado por limitar su espectro de participación, a los acuerdos comerciales regionales, con normativas más cercanas a las realidades comerciales propias de la región, ya que los acuerdos de la OMC

están enfocados a interés particulares de los países con industrias más fuertes competitivamente, con mejores manejos jurídicos y con bases ya establecidas para la contratación:

Las últimas décadas de liberalización comercial han creado un enorme mercado mundial en el que los gobiernos son importantes consumidores. Sin embargo, estas operaciones no están cubiertas por las disciplinas comerciales multilaterales y en su mayoría permanecen clausuradas al comercio internacional. Un acuerdo plurilateral en la OMC, que hasta el momento agrupa 38 países (incluyendo los 25 de la UE), intenta expandir las normas de 'trato nacional' y 'no discriminación, pero a juzgar por la adhesión y las estadísticas disponibles está lejos de lograrlo. Aunque ningún país latinoamericano ha adherido al acuerdo, varios han firmado compromisos de acceso bilateral con EE.UU. la UE y Japón (Ulloa, 2006, 33).

De igual forma los organismos internacionales han impulsado la contratación pública, para promover el libre mercado, la competitividad y un régimen jurídico estandarizado. El modelo promueve estos aspectos como beneficios, manifestados en: la efectiva prestación de servicios; los bajos costos en la adquisición de bienes por el incremento de la competitividad; la mejora en la percepción sobre la eficiencia y la transparencia estatal; y el acceso a los mercados internacionales para los oferentes nacionales. Pero de la misma forma, y de acuerdo con el consejero en la secretaría de la Organización Mundial del Comercio Kwadwo Osei-Lah (2006) existen también, unos costos de adición, como la subordinación a la normativa (perdiendo la autonomía política y económica); el abandono de políticas proteccionistas en la economía local; costos financieros de implementación; posibles pérdidas por la competencia extranjera; y la dificultad de contar con ofertas competitivas en el mercado mundial (pág. 63).

En el caso de Colombia, el gobierno nacional ha fijado el presupuesto nacional a los precios internacional, creando una realidad ilusoria: las promesas del libre mercado sobre el desarrollo económico estatal, no ha logrado crear un mercado amplio y competitivo; por el contrario, se ha concentrado, en impulsar sectores particulares, como el de la infraestructura y la minera, y han desarrollado una peligrosa dependencia fiscal, sobre las dinámicas cambiantes en el mercado mundial.

Esto se logra ver, claramente en la financiación de los proyectos por medio del sistema de regalías. Conforme al decreto ley transitorio 4923 de 2011, el sistema de regalías es una forma de distribución de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables (principalmente en Colombia

son el petróleo y el carbón). En un caso hipotético, la construcción de un colegio que va a ser financiado con regalías, requiere, según el principio de planeación del estatuto de contratación, estimar su costo de manera anticipada para separar los recursos con lo que se va a realizar. Ahora bien, como se financiará por regalías y estas son, por completo dependientes a los precios internacionales, se separa el monto de financiación teniendo en cuenta un valor de cotización, valor que es cambiante. El financiamiento se estima con un valor de cotización por barril de petróleo y bajo este precio se trabaja el presupuesto, pero estas estimaciones son anuales y en algunos casos, como en el actual plan nacional de desarrollo (donde se estipula este valor), son tan optimistas que llegan a ser irreales. Para los años 2015 y 2016 se dio una estimación del precio del petróleo en 71 dólares por barril pero en la última consulta realizada, el precio del barril estaba a 38 dólares.⁴⁷ Esto quiere decir que, debido al bajo precio del petróleo, se están dejando de recaudar un porcentaje importante por concepto de regalías (entre el 30% y 40%) pero esos montos, en muchos casos ya está comprometida para financiar proyectos, con lo que las entidades entran en deudas que suplen por medio de créditos o mutilando otros proyectos para cumplir con el presupuesto.

Otro ejemplo del devenir de estas inserciones, donde se depende peligrosamente de los precios internacionales, lo da Paul Krugman (1994) en su libro vendiendo prosperidad, allí el autor expone, cómo la industria eléctrica del Reino Unido era monopolizada y reservada por el Estado, pero en gran medida con la adopción al modelo de contratación pública se genera una liberalización del mercado y diferentes problemáticas. Krugman cuenta que, las empresas distribuidoras locales de energía, encargadas de comercializar la electricidad, coexistían con las empresas dedicadas a su generación, pero debido al desarrollo tecnológico del sector y al bajo precio del gas en los años noventa se incitó a la competencia y se propuso invertir, para que las empresas distribuidoras también generarán electricidad por medio de centrales de turbinas de gas; como resultado de esta política, la industria minera del carbón del Reino Unido se hundió definitivamente, provocando la crisis del sector y numerosos problemas sociales vinculados al masivo desempleo consecuente.

⁴⁷ Estimación dada por el Ministerio de Minas y Energía en el Presupuesto del Sistema General de la Regalías –Bienio 2015-2016, 36.

5.3 Sobre lo normativo

En materia normativa, la contratación pública presenta una dificultad principal, por ser una normativa abierta, permite interpretaciones diversas, lo que deja espacio para prácticas clientelistas. De un lado, el contrato estatal como la figura plena de la articulación entre el derecho privado y el derecho público, y como la manifestación más clara de la normativa, es una figura incompleta, diseñada para que le falten asuntos. El contrato estatal termina generando propuestas ilusorias, ya que se sabe de antemano que los términos contractuales son maleables y pueden ser modificados en la ejecución del contrato, dando paso al oportunismo.

De otro lado, la ley 80 de 1993 que se caracterizó: por definir y considerar los aspectos de selección de contratistas en un solo documento; ordenando las reglas y principios con las que se rigen los contratos con el Estado; que se preocupó por la escogencia del contratista y dar espacio a la adopción de las medidas internacionales; no se ocupó de los problemas y vicios que se tenían en las normativas que aglutino; no trató de ser una propuesta legislativa de la actividad estatal, sino que solo se presentó debido al cambio de constitución y al nuevo modelo de Estado adquirido. Resulto ser un ordenamiento que se ha modificado y modificado. Sumado a esto, la actividad normativa de estatuto de contratación, termina siendo el resultado de una serie de pactos estatales y privados descoordinados, que solo parecieran apuntar, a gastar por gastar, dejando a la ley como medio que estipula la lucha entre dos ambiciones, la estatal y la privada. Esto último deja abierto de debate sobre los límites o usos de la ley como reguladora del accionar del Estado y las entidades privadas.

ANEXO 1: LÍNEA DE TIEMPO SOBRE REFERENTES NORMATIVOS

	Liberalismo clásico
1896	Ley 163: comisión gubernamental para los suministros, empréstitos y expropiaciones.
1904	Ley 4: cláusula penal pecuniaria.
1909	Ley 53: cláusula de caducidad administrativa
1910	Ley 130: contratos como actos del derecho privado.
1912	Ley 110: código fiscal nacional.
1921	Ley 63: extensión de privilegios en la caducidad de los contratos.
1931	Ley 106: extensión de privilegios en la caducidad de los contratos.
	Intervencionismo del Estado
1941	Ley 167: código contencioso administrativo.
1955	Decreto 351: primer estatuto nacional de compras. Decreto 1050: primer estatuto de operaciones de crédito.
1964	Ley 4: estatuto de obras públicas.
1974	Ley 28: integración de la normativa dispersa hasta el momento.
1976	Decreto 150: concurso de méritos y registro de proponentes.
1982	Ley 19: régimen de inhabilidades e incompetencias – clasificación de contratos.
1983	Decreto 222: integración de la normativa dispersa.

1991	Cambio de constitución política: modelo de Estado social de derecho.
	Normativa actual y modificaciones
1993	Ley 80: estatuto general para la contratación pública.
1998	Ley 489: regulación de la función administrativa.
2004	Decreto 3620: comisión intersectorial de contratación pública.
2007	Ley 1150: introducción de medidas de transparencia y eficiencia.
2008	Decreto 2474: modificación a las modalidades de selección. Decreto 4828: régimen de garantías en la contratación pública.
2009	Decreto 2015: inscripción especial en el ministerio de la protección social para contratos de prestación de servicios. Decreto 3576: modalidad de subasta inversa. Decreto 836: certificación de la cámara de comercio como requisito habilitante de los contratistas. Decreto 127: contratación por prestación de servicios a personas naturales Decreto 3083: régimen de transición para la inscripción en el registro único de proponentes. Decreto 2247: registro único de proponentes con el número de identificación tributaria NIT.
2010	Decreto 1430: garantías en contratos sobre tecnología.

Elaboración propia, 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldo Isuani, Ernesto (1984). "Tres Enfoques sobre el Concepto de Estado". En Revista de Ciencia Política, Fundación Getúlio Varga, Vól. 27 N.o 1, Rio de Janeiro, pp. 35-48.
- Bejarano Roncancio, Jhon Jairo (2009). Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición. Universidad Nacional, Bogotá, Colombia.
- Bobbio, Norberto (2001). Estado, gobierno y sociedad. Editorial FCE, Buenos Aires, Argentina.
- Cassagne, Juan Carlos. (1992) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, 7° edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, Argentina.
- Chevallier, JJacques. (1997) Los servicios públicos. Thémis, Paris, Francia
- De Sousa-Santos, Boaventura (2008). Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales. CLACSO -Muela Del Diablo Editores, La Paz, Bolivia.
- Dromi, Roberto (2004). Derecho Administrativo. Gudynas, Buenos Aires, Argentina.
- Fraga, Manuel. (2000) Derecho Administrativo. 5ª edición, Porrúa, DF, México.
- Geertz, Clifford (1989). El antropólogo como autor. Paidós, Barcelona, España.
- Gorbaneff, Yuri. (2003). "Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia". En: Cuadernos de Administración Pontificia Universidad Javeriana, Vol.16, N.o 25, Bogotá, pp. 91-107.
- Gordillo, Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina.
- Guber, Rosana (2011). La etnografía, método, campo y reflexividad. Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia.
- Hammersley, Martyn y Atkinson, Paul (1994) Etnografía. Métodos de Investigación. Paidós, Barcelona, España.
- Jinesta, Ernesto (2007). Tratado de Derecho Administrativo. Procedimiento Administrativo. Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

- Krotz, Esteban (2002). Sociedades, conflictos, cultura y Derecho desde una perspectiva Antropológica en Esteban Krotz, Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Anthropos, México. p.p. 13-49.
- Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el Estudio del Derecho. Anthropos, DF, Mexico.
- Krugman, Paul. (1994). Vendiendo prosperidad. Ariel, Barcelona, España.
- Kuppe, René y Potz, Richard (1995). “La antropología del Derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro”. En Cuadernos Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N.o 3, Mexico DF, pp. 9-45.
- Leal Buitrago, Francisco. (1991). El Estado colombiano: ¿Crisis de modernización o modernización incompleta? En: Jorge Orlando Melo González, Colombia Hoy. Perspectivas hacia el siglo XXI. Editorial siglo XXI, Bogotá, Colombia.
- Malagón Pinzón, Miguel y Gaitán Bohórquez, Julio (2008). “Colonialismo cultural francés y la creación del consejo de estado en el derecho administrativo colombiano”. En Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana N.o 115, Bogotá, pp. 161-178.
- Maldonado Gómez, Tomás (2010). “La noción de servicio público a partir de la concepción de Estado social de derecho”. En: Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Norte. Vol. 1, Barranquilla, pp.43 – 51
- Melo, Jorge Orlando (1990). “Algunas consideraciones globales sobre modernidad y modernización en el caso colombiano”. En: Análisis Político. Universidad Nacional de Colombia. N.o 10. Bogotá, pp. 24-42.
- Ministerio de comunicaciones (2008). Manual de procesos y procedimientos. Bogotá, Colombia.
- Montaña-Plata, A. (2005) Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Mussetta, Paula (2009). Más allá del Estado. Perspectivas y lineamientos para su estudio y definición. Presentado en: VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Buenos Aires.

- Naranjo Galves, Rodrigo (2001). "La reforma contencioso administrativa de 1914". En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad del Rosario. Vol.3, N.o 1. Bogotá, pp 18-39.
- Organización mundial de comercio, (2011) La OMC y los acuerdos comerciales preferenciales: de la coexistencia a la coherencia. Ginebra, Suiza: WTO.
- Osei-Lah, Kodjo (2006). "Posibles retos de los futuros miembros en el acceso al ACP.", Taller de la OMC sobre la Acuerdo sobre Contratación Pública, Ginebra, 27-29 Junio de 2006.
- Peñaranda, Lyda y Gualdron, Jorge (2009). Análisis de las modificaciones de la ley 80 en la contratación estatal. (Universidad Pontificia Bolivariana, Bucaramanga)
- Perícola, Maria Alejandra. (2013). "El objeto de estudio de la Teoría del Estado". En Revista Academia, Universidad de Buenos Aires, año 11, N.o 22, Buenos Aires, pp. 249-271.
- Rodríguez Contreras, Enilsa Esther (2011). Corrupción y probidad en los contratos estatales. (Universidad Nacional, Bogotá).
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2009) El carácter conmutativo y por regla general, sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Schavelzon, Salvador (2010). "La antropología del Estado, su lugar y algunas de sus problemáticas". En: Revista Publicar. Colegio de Graduados en Antropología N° 9, Buenos Aires, pp. 73-96.
- Silva Henao, Juan Fernando. (2012). "Evolución y origen del concepto de "estado social incorporado en la constitución política colombiana de 1991". En: Revista Ratio Juris, Universidad Autónoma Latinoamericana, Vol. 7. N° 14, Medellín, pp. 141-158.
- Ulloa, Alfie. (2006), El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico. CEPAL, Santiago, Chile.
- Velasco, Honorio y Díaz de Rada, Ángel (1997). "El trabajo de campo". La lógica de la investigación etnográfica. Un modelo de trabajo para etnógrafos de la escuela. Trotta, Madrid, España.

Weber, Max (1964) Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva. Fondo de Cultura Económica, DF, México.

Referencias Normativas

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Gaceta Constitucional N° 5, 15 de febrero.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Gaceta Constitucional No. 75, 16 de mayo.

Código Fiscal de la República de Colombia, ley 106 de 1905. Imprenta Nacional, Bogotá.

Ley 53 de 1909, Gaceta del Congreso no. 75 del 23 de septiembre de 1992.

Ley 167 de 1941, Diario Oficial No. 24.853, de 7 de enero de 1942.

Ley 80 de 1993, Diario Oficial de la República de Colombia no 41.094, del 28 de octubre de 1993.

Decreto 150 de 1973, Presidencia De La República, Diario Oficial No 33.962 del 5 de noviembre de 1973.

Decreto 222 de 1983, Presidencia De La República, Diario Oficial No. 36.189, del 6 de febrero de 1983.

Decreto 528 de 1964. Presidencia De La República, Diario Oficial No 31.330, del 1 de abril de 1964.

Decreto 1510 de 2013, Presidencia De La República, Diario Oficial No 48.854 de 17 de julio de 2013.