

# ¿ES LA REFORMA DE LA LEY 1150 DE 2007 UN CUERPO NORMATIVO QUE DESARROLLA EN FORMA COMPLETA Y SIMULTÁNEA LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA?

William René Roncancio Bohórquez y  
Lesly Yahel Gil Sosa \*

## RESUMEN\*\*:

La ley 1150, que reformó parcialmente la Ley 80, modificó sustancialmente las modalidades de selección en virtud del principio de eficiencia e introdujo procedimientos que por vía reglamentaria son parte del nuevo ordenamiento de la contratación estatal en Colombia. Las modificaciones incluyen de una parte la incorporación de nuevas modalidades de selección distintas a la licitación pública y la ampliación para algunas entidades de los montos de la denominada menor cuantía en detrimento de la sustantividad del contrato estatal, que significa excluir un número cada vez mayor de procesos de selección de la regla general de la licitación, siendo esta la modalidad de selección que mejor interpreta los principios de derecho público, especialmente el de transparencia, en el contexto de la contratación estatal colombiana.

Palabras Claves: Regla General, Selección Objetiva, Eficiencia, Principios de Derecho Público.

## ABSTRACT

Law 1150, which reformed partially the law 80, modified substantially the modalities of selection by virtue of the principle of efficiency and introduced procedures that for regulation route are a part of the new classification of the state contracting in Colombia. The modifications include of

---

\* *Estudiantes de Derecho. Semestres finalizados. Investigador auxiliar. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Proyecto de investigación: Grupo de Investigaciones Socio – Jurídicas*

\*\* *Artículo de reflexión. Proyecto de investigación: Responsabilidad del Estado por Corrupción en Contratos Estatales. Semillero en Estudios sobre Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.*

one part the incorporation of new modalities of selection different from the public licitation and the extension for some entities of the amounts of the minor quantity called to the detriment of the substantive of the state contract that means to exclude a number every time major from processes of selection of the general rule of the licitation,

being this the modality of selection that better interprets the principles of the public law, transparency specially, in the context of the state Colombian contracting.

Key words

General Rule, objective Selection, Efficiency, principles of Public law.

### **1. “ES LA REFORMA DE LA 1150 DE 2007 UN CUERPO NORMATIVO QUE DESARROLLA EN FORMA COMPLETA Y SIMULTÁNEA LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA”**

El presente documento desarrolla en sus apartes un breve estudio sobre la tensión que ofrece la reforma entre los principios de eficiencia que introdujo literalmente el legislador reformista de 2007 y los fundamentos constitucionales y principios de orden legal desarrollados inicialmente en la Ley 80 de 1993, especialmente, el de transparencia a partir de las modificaciones que introduce la Ley 1150 de 2007 en el tratamiento a la modalidad de la licitación pública y su incidencia en los procesos de selección que en particular adelanta la administración para efecto de proveer la infraestructura requerida para el cum-

plimiento de los propósitos de las entidades estatales comprendidas en la definición del artículo 2º. de la Ley 80 de 1993, en el marco del artículo tercero (3º) de la referida norma, teniendo en cuenta que la misma definió dentro de sus propósitos privilegiar la eficiencia y la transparencia, para lo cual redujo sustancialmente los mecanismos de control burocrático<sup>1</sup>, bajo el argumento de la eficiencia y la transparencia como contenidos principalistas que pueden avanzar a la par, con el aprovechamiento de las nuevas tecnologías y teniendo como punto de referencia las experiencias exitosas de diferentes países que fueron analizados por el equipo consultor que estructuró el documento base de la reforma para el ejecutivo y que se tradujo en la elocuente exposición de motivos que de la misma hizo el gobierno nacional en la presentación del proyecto N° 020 de 2005

---

1 *El Doctrinante Luiz Carlos Bresser Pereira en su artículo sobre “Lo público no estatal en la reforma del Estado” establece una interesante distinción entre los tipos de control del Estado en los siguientes términos: “El control social constituye también un control sobre las organizaciones públicas no estatales y las entidades descentralizadas del Estado, distinto y complementario del control de procedimientos (burocrático), del control por resultados y del control por cuasimercados o competencia administrada (control gerencial), y del ejercido directamente por el mercado.”, a renglón seguido sostiene este autor adicionalmente que: “...La reforma gerencial de la administración pública, que está ocurriendo en nuestros días, para sustituir las viejas formas de administración burocrática envuelve así, la utilización de una combinatoria de formas y fuentes de control.” En el mismo sentido manifiesta el citado autor, “que existe una “lógica” en la utilización combinada de formas de control que caracteriza la reforma del Estado en los años 90: La preferencia es para las formas más difusas (mercado), más democráticas (control social y sistema representativo) y más eficientes (control gerencial de resultados), aunque continúe existiendo espacio para el control burocrático de procedimientos. (El subrayado es nuestro). Lo público no Estatal en la reforma del Estado. Editorial PAIDÓS. Página 34.*

en donde textualmente se menciona que no se cree en "...la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas..." y se menciona a continuación que "...por el contrario, la mayor agilidad y eficiencia no solo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados desde la venalidad para usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos."

Sin embargo, es pertinente formularse varios interrogantes frente al denominado contrato estatal como negocio jurídico que pretende la realización de unos fines como bien lo consagra el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, a través de la aplicación de unos principios de orden constitucional desarrollados en la norma original y que ha pretendido "fortalecer" el legislador reformista en el contexto del modelo de Estado Social de Derecho, inmerso en la realidad económica global que ha demandado el cambio de perfil del Estado que a continuación es necesario referir para el cumplimiento de su teleología.

### **1.1. Los Perfiles del Estado en el Modelo de Estado Social de Derecho**

Al decir del profesor de maestría de la Universidad del Rosario Oscar José Dueñas, es pertinente efectuar unas "Precisiones Preliminares" a fin de desarrollar el necesario presupuesto temático antes de entrar propiamente en la materia objeto del presente escrito: La primera de ellas, resulta

pertinente en el contexto de los fines del Estado y es precisamente sobre el modelo de Estado, que si revisamos el artículo 1° Constitucional encontraremos definido como "Estado Social de Derecho"<sup>2</sup>, entendido entonces como un Estado de derecho evolucionado que protege una gama de derechos sociales con una administración comprometida con el bienestar de sus asociados, con la protección de los mismos, la provisión de los servicios públicos por ellos demandados y la promoción del desarrollo económico, especialmente a través de un Estado hasta los años ochentas con perfil social – burocrático, y decimos hasta los años 80's, teniendo en cuenta que para esta fecha ocurre una gran crisis económica en los países en desarrollo – excepto los del este y sudeste asiático y a decir de Bresser, "una desaceleración de las tasas de crecimiento en los países desarrollados, que tiene como su principal causa la crisis endógena del Estado Social...", crisis que menciona el autor, se "...acentúo al aumentar la competitividad internacional y reducir la capacidad de los Estados nacionales para proteger sus empresas y a sus trabajadores...", es decir, para el cumplimiento de algunos de los fines del Estado en el contexto colombiano, lo que dio entonces finalmente como consecuencia el apoyo de los organismos multilaterales a la tesis de la economista Anne Mc Kruger del Banco Mundial, de minimizar el Estado<sup>3</sup> (Stiglitz, Joseph.; 2002) especialmente en los países en vía de desarrollo para hacerlos más eficientes, lo que finalmente se puso en marcha en Colombia especialmente a comienzos de la década del noventa con las famosas reestructuraciones de

2 Constitución Nacional.- "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."

3 STIGLITZ, Joseph. *El Malestar en la Globalización*. Capítulo 1. Editorial TAURUS. 2002.

las entidades públicas que aún no termina, por lo que el cumplimiento de los fines del Estado Colombiano ha tenido que ser procurado a través de un modelo como el definido en el artículo 1° superior, es decir, social de derecho, con las dificultades propias de un país en desarrollo con evidentes limitaciones fiscales pero con un perfil menos Social – Burocrático<sup>4</sup>, y más Social – Liberal<sup>5</sup> que persiga la protección de los derechos sociales en un marco de eficiencia, competitividad y flexibilidad en la provisión de esos servicios a través del denominado “tercer sector” en el que el profesor Bresser clasifica a las instituciones prestadoras de servicios de salud público colombianas, denominadas Empresas Sociales del Estado que se aproximan ya bastante a este perfil de Estado que subsidia la demanda de servicios antes que la oferta, para efecto de privilegiar los principios del denominado neoliberalismo en un contexto social que demanda no solo por su consagración constitucional (Artículos 1° y 2° superiores), sino por su realidad precaria, la financiación de los asociados del Estado de sus derechos sociales, cual es realmente el camino que se ha venido recorriendo en el caso colombiano como resultado de la referida crisis del Estado y de las realidades sociales y económicas

en diferentes latitudes que si bien han “...llevado al mundo a un generalizado proceso de concentración de la renta y a un aumento de la violencia sin precedentes.” (Bresser; 2005), quizá por lo manifestado por el premio nobel de economía en su texto el Malestar en la Globalización cuando menciona que “...los pobres son cada vez más pobres y están cada vez más molestos.” (Stiglitz; 2002), procesos estos que sin embargo, al decir del referido doctrinante (Bresser; 2005), han “...incentivado la innovación social en la solución de los problemas colectivos...”, del cumplimiento de los fines y de la provisión de los bienes públicos que ello demanda.

## 1.2. La provisión de los Bienes Públicos del Estado Colombiano

Una vez resuelta la anterior inquietud, vale entonces la pena preguntarse ¿qué tipo de bienes públicos a la luz del artículo segundo constitucional<sup>6</sup> debe proveer ese Estado y en qué marco?. Pues bien, los bienes públicos que debe proveer el Estado a sus asociados son en principio aquellos que “...no pueden ser transados en el mercado sino provistos por el Estado...”, como bien lo expone el profesor César Giraldo en su texto de finanzas públicas en Améri-

4 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, ( pag. 26 y 27). *Define al autor el Estado Social - Burocrático en los siguientes términos: Social, porque “...busca garantizar los derechos sociales” y Burocrático, porque lo hace a través de “...un sistema formal – impersonal basado en la racionalidad instrumental para ejecutar directamente estas funciones sociales y económicas a través del empleo de servidores públicos”, para el cumplimiento de sus fines como es el caso de la contratación de docentes, médicos, asistentes sociales “...para realizar de forma monopolista e ineficiente los servicios sociales.”*

5 *Ibidem.* Define el autor al “Estado Social – Liberal” como un perfil de Estado que “...a la vez proteja los derechos sociales al financiar las organizaciones públicas no estatales que prestan los servicios de educación, salud, cultura, asistencia social, y sea más eficiente al introducir la competencia y la flexibilidad en la provisión de esos servicios.”, a diferencia del denominado Estado Social – Burocrático ineficiente y del Estado Neoliberal que parafraseando al autor se predica minimalista renunciando a sus responsabilidades sociales.

6 Constitución Nacional.- “Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general 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.”

ca Latina, y que define como "...aquellos a los que no se les aplica el concepto de exclusión, propiedad necesaria para que los bienes se puedan transar en el mercado en condiciones normales". Cita el profesor de la Universidad Nacional que "...un bien es excluyente cuando su posesión y consumo dependen de que se pague su precio; en otras palabras, el precio determina la posibilidad de poseer y consumir un bien de acuerdo con la capacidad de pago de los individuos. Esto significa que el bien está sujeto a ser cambiado de propiedad a través del mercado. En particular, un bien que no presente estas cualidades no puede ser objeto de intercambio, no se puede transar en el mercado y no tiene la posibilidad de asignársele un precio." (Giraldo, César; 2009; P. 45 y ss).

Así mismo, menciona el profesor Giraldo, se puede hablar de un bien cuyo consumo es no rival, cuando "...su consumo no reduce los beneficios obtenidos por todos los demás (...) en este caso el coste marginal (el coste de admitir un usuario adicional) es cero, y éste debería ser su precio (...) Pero aunque el coste marginal es cero, el coste de proporcionar el servicio no lo es (...). La provisión a través del mercado no puede funcionar y se hace necesario un proceso político de determinación presupuestaria, proceso que permite a los consumidores expresar sus preferencias a través del proceso político y también les obliga a contribuir." Continúa el autor exponiendo que "...En este tipo de bienes no existe un derecho de propiedad claramente definido que se pueda asignar a un individuo determinado. El problema referente a quienes se benefician sin asumir carga alguna supone que los bienes públicos no se suministrarían en cantidad suficiente si el gobierno intentara vincular los cargos a algún indicador de las preferencias de los consumidores, porque estos no darían

a conocer sus verdaderas preferencias. En consecuencia, estos bienes tienden a financiarse a través del presupuesto. Tal es el caso, por ejemplo, de la defensa nacional, la policía, el sistema judicial y la gestión macroeconómica." Al que tendríamos que agregar la infraestructura pública y los servicios públicos en desarrollo del modelo de Estado definido en el artículo primero superior, si tenemos en cuenta que el ejemplo por excelencia de un bien público es precisamente la vía pública, la carretera pública, que bien puede ofrecer en alguna medida rivalidad y exclusión en caso de ser congestionada y concesionada respectivamente, por lo que en este último caso, deberá pagarse precio de peaje, lo cual ofrece a las claras exclusión. Si bien, en determinadas circunstancias este bien público puede en mayor o menor grado ofrecer rivalidad en algunos casos cuando existe congestión vehicular de una parte, pero en otros casos no ofrecer exclusión, como cuando se trata de una vía no concesionada, sino producto de la gestión pública directa, como es el caso de las vías especialmente terciarias en los municipios colombianos en las cuales obviamente no se paga peaje. Anota el profesor Giraldo a renglón seguido además, que "... La determinación de cuánto de cada uno de esos bienes debe suministrar el Estado, su calidad y características, debe hacerse mediante un proceso político a través del cual se revelen las preferencias de los ciudadanos. Y ese proceso político se refleja en el proceso de formulación, elaboración y aprobación del presupuesto público" que implica procesos políticos y técnicos que la Constitución y la Ley Colombiana define con cierta claridad.

### **1.3 El Proceso político que implica la provisión de los Bienes Públicos**

Al respecto entonces, efectuamos la si-

guiente “precisión”, sobre cómo se desarrollan tales procesos políticos en una perspectiva lineal, es decir, sin profundizar en los temas propios de la ciencia política, sino en el desarrollo de los procedimientos que la Constitución y la ley establecen. Y entonces, diremos en principio que las válidas aspiraciones de los candidatos a ocupar instancias de poder en la rama ejecutiva (alcaldía, gobernaciones, presidencia), deben incluir un paquete de propuestas que le permita convencer a los ciudadanos de las bondades de su denominado “Programa de Gobierno” para efecto, al decir del profesor Giraldo, que los mismos revelen sus preferencias y así elijan la mejor opción para dirigir los destinos de su Municipio o Departamento o diríamos también en el caso de la Nación. Una vez electo el aspirante y posesionado en su cargo de Alcalde, Gobernador, Presidente deberá desarrollar un proceso de planeación con base en su programa de gobierno, de una parte, y en lo estatuido constitucionalmente en los artículos 339 y siguientes, que en breve se refiere a la formulación de un plan de desarrollo que se constituya en su carta de navegación, de acuerdo con las competencias del orden nacional o territorial según el caso, el cual contendrá a la luz del artículo 339 superior un componente estratégico y uno financiero denominado plan plurianual de inversiones que a la luz de la norma constitucional “...contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos finan-

ciosos requeridos para su ejecución.” y en el nivel territorial tal como lo prescribe la norma en cita, la elaboración y adopción “...de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional...” de los “...planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley...”. Allí mismo, se establece entonces para el nivel territorial que sus planes “...estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo...”, que en la práctica se constituyen en el componente estratégico de los planes de desarrollo y el financiero constituido por los presupuestos anuales del correspondiente periodo de gobierno.

Entonces, el presupuesto público como componente del proceso de planeación de las entidades del Estado, que contiene la gasolina que mueve el vehículo institucional para el cumplimiento de sus fines, termina en breve constituyéndose quizá en el principal insumo para el desarrollo del contenido misional de las entidades estatales. Sin embargo, para materializar los contenidos del componente estratégico de los planes de desarrollo, es pertinente contar con herramientas que permitan su ejecución y la principal de ellas en el marco de la Ley 80 de 1993, es entonces, el contrato estatal, el cual al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° de la norma en cita (Giraldo, César; 2009; P. 45 y ss.), denominada como estatuto general de la contratación pública en Colombia<sup>8</sup>, es el principal

8 TAPIAS PERDIGNON, (2000, pg.) Camilo. *Aspectos Prácticos de la Contratación Pública*. 1ª Edición. Casa Editorial Grupo Ecomedios. Bogotá 2000: “A primera vista se tiende a pensar que es una ley estatutaria por su mismo nombre... No obstante, es un error identificarla como norma estatutaria, pues cuando dichas normas están taxativamente señaladas en el ordenamiento constitucional... Tampoco se trata de una de las llamadas leyes generales (antes denominadas leyes marco), las cuales se limitan a fijar pautas que luego desarrolla el gobierno, según lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 de la Carta; tampoco estamos ante una ley de autorizaciones, de las que señala el numeral 9° del mismo artículo constitucional. Se concluye entonces que se trata de una ley como cualquier otra (ley ordinaria), que tiene trámite en el congreso como las demás.”

instrumento para el cumplimiento de la “idea de obra” de las entidades estatales definidas en la ley de contratación.

### **La provisión de los bienes del Estado a través del Contrato Estatal y sus Fundamentos**

Pero qué es entonces - continuando con la mecánica elegida para la construcción del presente escrito - el Contrato Estatal. Será ahora necesario aquí, volver sobre algunos conceptos de relevancia para efecto de tener claridad sobre el particular. Así las cosas, es pertinente retomar la teoría kantiana sobre el contrato que establece que la voluntad se constituye en el motor ético - jurídico del mismo<sup>9</sup>, que en el caso del contrato del Estado tiene sendas discusiones en la doctrina (caso de los contratos como Acto Jurídico unilateral en Francia, los contratos como Acto Jurídico Unilateral con aceptación en España). En tal contexto, es en principio necesario analizar si la voluntad es esencial para la formación del contrato, tesis que evidentemente es elevada en el caso Colombiano a nivel legal (Ley 80 de 1993), al definir el legislador los contratos estatales en el artículo 32 como: “...todos los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en

disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.”

Ahora bien, ¿cuál es entonces la voluntad de las partes en el contexto colombiano, teniendo ya cierta claridad sobre los presupuestos esenciales del contrato estatal en los términos consagrados legalmente, partiendo del contenido teleológico definido en el artículo 2º superior? Diremos entonces que por parte del Estado<sup>10</sup> la provisión de unos bienes y servicios en el marco de la norma en cita y en desarrollo de la función administrativa que el 209 constitucional determina al servicio de los intereses generales como principio finalístico, que prescribe desarrollar con fundamento en los principios denominados por el máximo juez constitucional en sentencia C-496 de 1998, como funcionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que ha desarrollado el legislador a lo largo del denominado estatuto general de la contratación de la administración pública en Colombia, y por parte del particular, la obtención de una utilidad, en los términos de Kant, por el suministro o la prestación de un bien o servicio, pues como el bien lo manifiesta nadie contrata como particular para hacer obras de misericordia - agregaríamos nosotros que la verdad muy pocos

9 La Sala de Consulta y del Servicio Civil expone en Concepto del 14 de septiembre de 2001. MP. RICARDO H. MONROY que: “La gestión contractual de la administración pública regulada actualmente por la ley 80 de 1993, - como actividad pública está al servicio del interés general y afecta a los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 de la C.P., art. 3 ley 80/93)-, debe cumplirse con sujeción a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y a los postulados de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y con aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (art. 23)”.

10 En Constitución Política de Colombia Anotada. Leyer. 2008. “La buena fe ha sido desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por este. En consecuencia es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las fallas deben comprobarse. Y es una falta quebrantar la buena fe.”

y en estricto sentido en el contexto del contrato administrativo en Colombia nadie, pues una de las características del contrato estatal por excelencia es su onerosidad, distinta a la percepción actual que se tiene en el contexto colombiano de la denominada “restitución del equilibrio económico del contrato al punto de no perdida” que en principio se pudiera colegir de la derogatoria expresa efectuada por el legislador reformista de la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” que contenía el artículo 3° de la ley 80 de 1993 que expresamente derogó el artículo 32 de la 1150 de 2007, como resultado del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano, sobre el cual no es posible detenerse en esta oportunidad por no ser este el objeto del presente documento. Agrega sin embargo el filósofo Kant, que “...más con misericordia o sin ella, lo que siempre debe existir es la “buena fe”, entendida entonces en el contexto nacional en los términos del artículo 83 constitucional que a la letra dice: “...Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas...”<sup>11</sup>, como una de las cargas negociales del contrato, dentro de las cuales se incluyen la legalidad, entendida como que los sujetos están obligados a cumplir la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres, la lealtad y corrección expresada por ejemplo en la preocupación del vendedor por la postventa, la carga de claridad entendida como la necesidad de incluir en los con-

tratos un español simple, una terminología clara en la redacción lingüística de las expresiones negociales, es decir, el uso de términos en el contrato muy sencillos y claros, la carga de sagacidad como es el caso verbi gracia (v. gr.) de la exigencia del documento de existencia y representación legal si es del caso, y en el mismo sentido la carga negocial de la buena fe entendida como el estado de conciencia de creer estar obrando a derecho. Así las cosas, es en el marco de este negocio jurídico al que deben sumarse las solemnidades propias del contrato estatal como la nueva mezcla creada por el legislador de 1993, que establece a partir de unos principios que orientan el desarrollo de la función administrativa en materia de contratos y que incluyen, entre otros, la economía, responsabilidad y transparencia que ha decantado el derecho administrativo colombiano especialmente en las últimas décadas.

### **Breves antecedentes de la ley 80 de 1993**

Siglos atrás la base jurídica del contrato estatal se regía por la base del contrato privado. A partir de la Ley 80 de 1993 se superó la idea sometida anteriormente a discusión sobre si el contrato del Estado era un contrato de derecho privado o de derecho especial. Esa concepción de discusión entre el derecho privado y el público que corresponde a esos elementos históricos donde se hace evidente la influencia del derecho francés, ha tenido repercusiones en otros ordenamientos. En el caso colombiano el fenómeno del contrato estatal desde el punto de vista sustancial,

---

11 GÓMEZ LEE, Iván Darío (2008; pag. 94). *Comentarios a los nuevos mecanismos de selección del Contratista en la nueva ley de contratación. Guía normativa para la gestión fiscal y financiera de los entes territoriales. Bogotá 2008. Pág. 94. Manifiesta el doctrinante concretamente en su escrito lo siguiente: “En este caso, será el reglamento el que acabe de precisar esta modalidad de contratación, ya que como está la definición, caben los marcadores de tablero seco y los vehículos camperos”. Sin embargo, el reglamento no ha precisado lo esperado hasta la fecha.*

tradicionalmente se consideró que era un fenómeno que debía regularse por las normas del derecho privado en sus comienzos, exceptuando algunos casos para los cuales existieron regulaciones especiales como el contrato de obra pública y el de concesión, pero para el resto de la teoría de los elementos sustanciales del contrato, se gobernaban por el derecho privado, tanto así, que desde el punto de vista jurisdiccional del control, para efectos de resolver los litigios que surgieron de ese contrato administrativo, hasta los años sesenta era un problema de jurisdicción ordinaria, posteriormente se incorporaron poco a poco elementos a la contratación del servicio público a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado que acudió a dicho concepto (Servicio Público) para identificar cuál era el contrato del Estado. Así se puede ver que correspondió a la jurisprudencia comenzar a elaborar las diferencias entre un contrato y el otro. Fue entonces a partir de la expedición del Decreto 150 en la década del 70 y del Decreto Ley 222 de 1983, en donde se vislumbran elementos para determinar cuándo estamos bajo un contrato de derecho público y cuándo bajo un contrato de derecho privado. La ley 80 de 1993, creó un sistema mixto, allí se diseñó un solo contrato, el denominado Contrato Estatal, un sistema entre lo privado y lo público que hay que saber interrelacionar y entrelazar, proceso este, pensado en aras de la flexibilidad del Estado para contratar, para disminuir la tramitología que imponían los parámetros del estatuto anterior, para facilitar la gestión contractual del Estado colombiano y contentivo especialmente de una serie de principios, mas no de normas propiamente procedimentales, que a la fecha intenta aún ser “mejorado”, mediante la Ley 1150 de 2007, a través de la estrategia de verificación de

mejores prácticas de gestión contractual en otros estados, pero que ha llevado a la doctrina a no pacíficas discusiones sobre la conveniencia o no de las reformas introducidas por la misma.

### **La Reforma y sus Alcances**

La reforma cuyo objeto primordial de acuerdo con lo contenido en la exposición de motivos de la 1150 de 2007 se resume en la introducción de “...medidas para la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción”, teniendo en cuenta que la contratación administrativa se constituye en el principal instrumento de ejecución del gasto público en el país, por cuanto en promedio su participación en la ejecución pasiva es de un 11% del PIB, según lo descrito en el documento CONPES 3249 de 2003, lo que lleva a concluir que las medidas que impacten este volumen de recursos como bien se expresa en el documento de exposición referido, sin duda tienen una significación relevante tanto en el contexto de lo público como de lo económico en el Estado Colombiano.

Dentro de los objetivos perseguidos por la mentada reforma se encuentran la “superación del paradigma hoy vigente” en la ley 80 de 1993, “...con arreglo al cual la línea divisoria entre un proceso de selección complejo y otro más sencillo debe ser principalmente la cuantía del contrato por realizar, sin tener en cuenta la naturaleza del contrato o el tipo de bien o servicio a proveer, del cual se ocupa la reforma en su artículo 2°, al incluir los denominados bienes y servicios de características técni-

cas uniformes en la modalidad de selección abreviada que en algunos apartes el consultor Suárez Beltrán (2007), denomina “licitación abreviada” y que puede constituirse en parte en un acierto de la reforma al procurarle al operador de la norma la posibilidad de desarrollar modalidades de selección con mayor idoneidad para determinado tipo de bienes, que a la postre puedan significarle ahorros significativos a la administración en virtud de las economías de escala y de la agilidad que permite el desarrollo de procesos de selección aprovechando los avances tecnológicos, pero que dejan, sin embargo, algunos vacíos en cuanto a la clasificación de los denominados bienes y servicios de características técnicas uniformes, pues por allí podrán irse desde las resmas de papel hasta los equipos de maquinaria pesada<sup>12</sup> que adquiera la administración, lo que sin embargo no mina sustancialmente el propósito de la reforma por ser quizá este uno de los temas que menor debate suscita.

### **Debate sobre las principales modificaciones de la 1150 de 2007**

En primera instancia es necesario mencionar que la reforma genera verdadera inseguridad jurídica a partir de la remisión que se hace al reglamento en innumerables oportunidades en la reforma que evidentemente merece ser cuestionada en virtud del riesgo de inconstitucionalidad que implica el mismo, como lo ha mencionado en sus escritos el profesor de la Universidad de los Andes Felipe de Vivero Arciniegas (2008) de una parte y el Auditor de la Nación Iván Darío Gómez Lee (2008) de otra.

En segundo lugar, la doctrina ha encontrado un sinnúmero de críticas, entre ellas, la inclusión del artículo primero que amplía ambiguamente el campo de aplicación de la reforma que incluye a todas las entidades que manejan recursos públicos, lo cual resulta bastante censurable en virtud del perfil de Estado que ha sido desarrollado en Colombia en el marco del modelo definido en el artículo primero superior, que al comienzo de este escrito bien se expuso.

El tercer aspecto que genera debate con respecto al contenido de la reforma es el referido al equilibrio económico del contrato, cuando en las derogatorias se incluyó la expresión del artículo tercero “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”, antes citada y comentada, sobre el cual no se profundiza por no ser materia de discusión en este artículo, pero que sin embargo es importante referir brevemente. Al respecto, citemos algunas reflexiones de la filosofía Aristotélica que de tiempos inmemoriales estableció una geometría de la cual no se ha salido nadie, al decir del profesor Luis Fernando Gómez Duque, en la interesante exposición que no por breve puede estar corta de contenido en el prólogo del texto de José Fernando Gómez de “Teoría y crítica de la responsabilidad por daños del Estado en Colombia”, en el cual menciona que el estagirita, “...escribiendo un libro para su hijo Nicómaco, le dijo: en los contratos debe existir, una justicia conmutativa, es decir, que lo que uno da debe equivaler a lo que uno recibe, y a la inversa. De modo que las reglas de la contratación pública parten de la misma base de la contratación privada, habida cuenta de la excepción de la favorabilidad del Estado por motivos de interés social”, sumado lo an-

<sup>12</sup> Corte Constitucional - Sentencia C-496 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: “El artículo 209 de la Constitución define los principios que rigen la función administrativa, distinguiendo entre principios finalísticos (servir a los intereses generales), funcionales (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) y organizacionales (descentralización, delegación y desconcentración)”.

terior al denominado “tópico de la “causa”, teniendo en cuenta que la causa del contrato por parte del Estado, debe ser, todas las veces, el servicio público y por parte del particular, casi siempre, es su interés en el beneficio económico”, que a las claras denota la falta de previsión legislativa al derogar el aparte, con el agravante de dejar incólume el artículo 27 de la ley 80 que consagra el principio del equilibrio económico del contrato como bien lo expone el profesor Vivero Arciniegas en su artículo “Una Ley particular que genera inseguridad jurídica”.

En cuarto lugar es importante mencionar la inclusión de la cláusula de indemnidad que incorporan las normas reglamentarias de la Ley 1150 de 2007 que incluye la denominada cláusula de indemnidad que califica el profesor Gómez Duque como de “cláusula sonsa”, según la cual cualquier daño ocurrido en el quehacer del contrato lo asume, por definición, el particular y no el Estado y que califica de sonsa el autor porque al decir suyo “en derecho, si es derecho y no abuso del mismo, no por definición, sino por principio, nadie puede pactar la irresponsabilidad de su contraparte, a no ser que esté loco”.

En quinto lugar menciona adicionalmente en su artículo “Una Ley particular que genera inseguridad jurídica” el profesor Felipe de Vivero Arciniegas el espinoso tema de la compilación normativa, consagrada en el artículo 30 de la reforma

que finalmente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-259 de 2008, escrito referido en el cual el profesor asociado de la Universidad de los Andes menciona que mejor se hubiese concentrado la reforma exclusivamente en la modificación de las modalidades de selección, tema este que finalmente presenta igualmente sendos reparos en el contexto de los contratos de obra pública en el Estado Colombiano en particular.

### **Reflexiones Propias Sobre la Reforma y su Incidencia en los Contratos de Obra Pública principalmente**

La reflexión que permiten los comentarios precedentes: hasta qué punto la reforma que pretende evolucionar hacia nuevas y mejores prácticas de gestión en el desarrollo de la contratación estatal, con el propósito de cerrarle el paso a los corruptos de una parte y ajustar los procedimientos a las nuevas condiciones del mercado y de las herramientas tecnológicas, da como resultado un estatuto más ajustado al nuevo entorno económico y de desarrollo tecnológico, pero generadora de inseguridad jurídica al tenor de lo descrito por el profesor Felipe de Vivero Arciniegas y adicionalmente más proclive a las prácticas insanas de gestión por vía de una regulación con mayores exclusiones a las reglas generales que mejor interpretan los principios funcionales<sup>14</sup> definidos en el artículo 209 constitucional, los comprendidos y expresamente definidos en la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>,

14 *Principio del Interés General: Artículos 2º, 123 y 209 de la Constitución Política. Artículo 3º Ley 80 de 1993 y 2º del C.C.A. Principio de Planeación: Art. 25, numerales 6, 7, 12, 13 y 14 y Art. 30 numeral 1º de la Ley 80 de 1993. Art. 71 del Decreto Ley 111 de 1996. Principio de la Escogencia Objetiva: Art. 5º Ley 1150 de 2007. Principio de Transparencia: Antes definido parcialmente en el Art. 24 numeral 1º de la ley 80 derogado - Ahora contenido en el Art. 2º Ley 1150 de 2007, que incluye no solamente a título enunciativo el principio de eficiencia. Principio de Economía: Art. 25 Ley 80 de 1993. Principio de Responsabilidad: Art. 26 Ley 80 de 1993.*

15 *Este principio repercute absolutamente en todos los demás aspectos del contrato estatal, pues al decir de la Corte “...la Función Pública está al servicio del interés general y puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la Contratación Estatal, en consecuencia es forzoso concluir que dicha contratación también esta al servicio de ese interés general” C-400 de 1999.*

especialmente los principios de prevalencia del interés general<sup>16</sup> y el denominado principio de planeación en su modalidad técnica<sup>17</sup>, que si bien no se encuentra tipificado por el legislador en el texto del denominado estatuto contractual se infiere del contenido de los artículos 209 intu-

lado de la función administrativa<sup>18</sup> de una parte, y el 339 y 341 constitucionales y el inciso 1° del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993<sup>19</sup> de otra, lo cual en su conjunto hace referencia concreta a la necesidad de la existencia de proyectos completos y verdaderos<sup>20</sup> con incidencia en el

- 
- 16 *“La correcta planeación técnica del contrato resulta fundamental para definir plenamente el objeto a contratar. Desde esta perspectiva, los proyectos son documentos esenciales para identificar lo que la Administración pretende desarrollar para satisfacer el interés general. Bajo este contexto, los proyectos adquieren connotaciones vitales para la vida del contrato, en la medida que son la base de su identificación plena; de ahí que la doctrina exija que involucren obras completas, esto es las que resulten plenas para el uso o disfrute de la comunidad. En este sentido se rechazan los proyectos incompletos o que conduzcan a ejecuciones que no satisfagan las necesidades generales.” El subrayado es nuestro. Ver en (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2000. Página 152).*
- 17 PAREJO, ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo, volumen 1, parte general 5ª edición*, Barcelona, editorial Ariel S.A. 1998, p. 141. Citado por Ciro N. Guechá Medina en *Contratos Administrativos - Control de legalidad de los actos precontractuales*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2008. Páginas 44 y 45: *“Es evidente, que – aparte de la normación cumplida por el poder legislativo y el juicio y la ejecución de lo juzgado reservados al poder judicial – el resto de los fines estatales sólo pueden alcanzarse a través de la función ejecutiva, es decir, de la actividad del complejo orgánico al que está atribuida ésta (en las instancias territoriales superiores está integrado por el Gobierno y la Administración; en las locales lo está por las correspondientes corporaciones) y, más concretamente, del poder público administrativo, el cual está constreñido a actuar conforme a un estatuto prefigurado en sus líneas esenciales por la Constitución. Estos fines estatales – en definitiva, los que podríamos calificar de intereses generales administrativos – son históricamente evolutivos, determinando la paralela evolución – en cantidad y calidad – de la actividad de la Administración. De ahí que la sistematización de esta última sea una tarea de gran dificultad nunca plenamente conseguida.”*
- 18 Inciso 1°, numeral 12, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que a la letra dice: *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán celebrarse los estudios, diseños y proyectos, requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia”*  
*“...el elemento clave para entender la existencia de un proyecto verdadero con incidencia en el contrato del Estado es que podamos calificarlo de completo, porque éste, realmente, proporciona la totalidad de elementos para analizar de tal manera el objeto del contrato que se pueda deducir no sólo su complejidad sino también, por ejemplo, el valor del mismo para saber qué tipo de procedimiento de escogencia de contratistas debe adelantar la Administración...”* SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2000. Página 152. En el mismo sentido Villar Palasi y Villar Ezcurra. Citados por el doctrinante Colombiano en el texto antes referenciado.
- 19 Ver en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 15 de mayo de 1992, C.P. Daniel Suárez Hernández. *“...No se puede licitar, ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuestos respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación...”*
- 20 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2000. Págs. 114 y ss. *“...analizar el principio de legalidad del contrato estatal conlleva una implicación práctica, cual es la de sujetar, siempre y en todos los casos, la autonomía de la voluntad al interés general. En otras palabras, la legalidad propia del contrato en el derecho privado, cuando se refiere al contrato estatal, encuentra un condicionante superior, inmodificable, como es el del interés general. En este sentido se podría sostener válidamente que para la legalidad del contrato estatal la autonomía de la voluntad de los entes públicos no puede ser otra que la que se desprenda del interés general, con el fin de darle un sentido coherente a éstos dentro del tráfico jurídico ordinario. Sentido coherente que permite identificar un sujeto no dominado por sentimientos individualistas sino, por el contrario, comunitarios en la consecución de los fines estatales”.*

contrato del Estado<sup>21</sup> y del mismo modo, los de aplicación general como es el caso del principio de legalidad<sup>22</sup>; todo lo anterior en el contexto de la licitación pública que ya en vigencia plena del estatuto de contratación, era objeto en distintos escenarios de la conocida reflexión sobre la regla general constituida en excepcional, en su momento con la disposición contenida en su mismo numeral 1º del artículo 24 (GÓMEZ LEE, Iván; 2008; P. 86), derogado ahora por la 1150 de 2007, que en su artículo segundo establece sin embargo a la “licitación como regla general” (GÓMEZ LEE, Iván; 2008; P. 110) una vez más.

De otra parte, es necesario reseñar que la discusión referida a la necesidad de reformar la ley 80 de 1993, que rediseñó los parámetros y algunas definiciones que incluso la doctrina y la jurisprudencia habían aceptado en el contexto colombiano, como es el caso del mismo concepto de contrato administrativo que recogían en su contenido los decretos 150 vigente en los años 70 y Decreto 222 de 1983 - considerado este último, por algunos doctrinantes como uno de los estatutos reguladores de la materia, con mayor calidad que se ha producido en el contexto iberoamericano era quizá importante en algunos tópicos, como la defendida modificación de algunos procedimientos de selección como la subasta inversa que al decir de buena parte de la doctrina significa ahorros importantes para la administración, y la erradicación de algunas posibilidades en la ley que permitían altos focos de corrupción como era el caso de la contratación con

cooperativas, sin perjuicio de los objetivos en materia de “formación ética de contratistas y funcionarios” (PALACIO INCAPIE, Juan A.; 2008; P. 46), que ha sido materia de análisis por parte de innumerables doctrinantes y que a la postre se constituye quizá en el más importante derrotero en materia de transparencia.

Una vez debatido el proyecto de reforma al denominado “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, resultó aprobado con un sinnúmero de “ajustes” efectuados a lo largo del debate, que se convirtieron en los diferentes medios de comunicación, en materia de controversia, en razón de la cantidad de exclusiones que el legislador haría a petición del ejecutivo, de un diverso grupo de entidades, que resultaban convirtiendo una vez más el “Estatuto general” en verdadera excepción, como el caso de las exclusiones a la licitación que por vía de lo dispuesto en la reforma queda en una condición especial como lo veremos más adelante. Sin embargo, es importante señalar algunos cambios que contiene la ley 1150 de 2007 y sus posibles alcances, pues tal reforma definió una serie de parámetros que permiten una discusión en materia de límites que se determinan, partiendo del campo de aplicación, pues al tenor de lo descrito en el artículo 1º de la norma en cita, referente al objeto de la ley, señala que tiene por finalidad dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos y en concordancia con el artículo 13 de la norma en cita, establece que “las entidades estatales que por

---

21 Artículo 24 Ley 80 de 1993. Derogado “Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: 1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente...”

22 Artículo 2º Ley 1150 de 2007. “Art. 2º.- De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: 1. Licitación Pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de la licitación pública...”

disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal” y contenido en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993, lo cual ofrece entonces una verdadera tensión entre la aplicación de los principios de la contratación estatal en estricto sentido y el cumplimiento de los fines del Estado en el contexto económico actual que implica el desarrollo de procesos ágiles, en donde el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para este tipo de entidades exceptuadas, dará como resultado entonces a la postre, la adopción interna de todas aquellas entidades que entrarán a ser cobijadas entonces por “el régimen de contratación estatal en sentido amplio”, lo que implicará entonces la adopción de parámetros internos coherentes con los principios funcionales del artículo 209 superior y los comprendidos y definidos en la ley 80 de 1993, que finalmente pueden convertirse en “malas copias” del régimen general de contratación estatal como en su momento ocurrió con las denominadas empresas sociales del estado, que siendo excluidas del régimen general, terminaron por vía de reglamentación interna en casi todos los casos acogiendo parámetros similarmente copiados del estatuto general, pero con cuantías distintas y laxitud en el desarrollo de ciertos procesos, que a la postre desdibujaron el escenario contractual convirtiéndolo en un verdadero foco de co-

rrupción, pero elaborado en atención a lo referido en sendos conceptos de los entes encargados del control disciplinario, que seguramente acogió el legislador a la hora de incluir las disposiciones contenidas en los artículos 1° y 13 de la reforma. Lo anterior, sin embargo, en intención del legislador puede calificarse como “un avance importante en el desarrollo del principio de selección objetiva y probidad en la contratación” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O.; 2000 P. 155) como ya de hecho lo ha referido una parte de la doctrina, lo cual no obstante significa que evidentemente la reforma traslada una vez más a dichas entidades cobijadas en virtud de los artículos 1° y 13 de la Ley 1150 de 2007, por la denominada contratación en sentido amplio y contratación pública fiscal, la responsabilidad de definir en su caso parámetros que desarrollen los principios de los artículos 209 y 267 constitucional y los comprendidos y definidos en el estatuto general de contratación de la administración pública, con los conocidos riesgos que implica tal laxitud legislativa.

¿Puede entonces, encontrarse como eje fundamental de la reforma la eficiencia como principio en la contratación definida en el título primero de la norma? ¿Tal principio puede y debe tener mayor preponderancia sobre la estructura de principios definida inicialmente en la ley 80 de 1993?, es decir, ¿vale la pena menos-cabar principios como el de la moralidad, la economía, la transparencia y el interés general, sin el cual no puede entenderse el marco de la contratación estatal definido inicialmente en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en virtud del ajuste a las nuevas condiciones del mercado y del avance de las tecnologías? o simplemente ¿debe el ejecu-

tivo como facultado, por vía de reglamento encontrar el punto medio que equilibre la probidad en la contratación con la eficiencia en el desarrollo de la gestión contractual? Todas estas preguntas han tenido en el contexto actual una desafortunada respuesta cuando vemos el resultado de las innumerables referencias que fueron hechas por el legislador “reformista” a través de la Ley 1150 de 2007 al reglamento y que hoy por hoy, tal presenta las conocidas dificultades en la operatividad y en su aplicación por las deficiencias en su estructuración normativa y reglamentaria.

Lo que si es viable establecer ahora a partir de lo estatuido en la reforma es si la licitación debe conservar como en los textos normativos ha sido dispuesto, su calificación de regla general, para lo cual es necesario entonces entrar a analizar cuales modificaciones de la Ley 1150 afectan directamente su aplicación en los procesos de selección, es decir, si la tan anunciada reforma para combatir los vacíos del “estatuto general”, evidentemente permitirá con eficacia constituirse en un mejor instrumento para la lucha contra la corrupción o en la puja de principios antes comentada, resulta lesionada la licitación pública al punto de constituirse paradójicamente entonces, en medida de aplicación excepcional en desarrollo de los principios constitucionales y legales que orientan la contratación estatal. Pues bien, el objeto de estudio en este contexto nos remite al texto de la ley 1150 que reformó las criticadas disposiciones del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, es necesario decir que las causales comprendidas en la disposición derogada fueron reducidas de 13 a 9, con algunas variaciones que vale la pena entonces señalar brevemente: Las nuevas y únicas causales de contratación

directa de conformidad a lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 son en su orden: a. “Urgencia manifiesta”, b. “Contratación de Empréstitos”, c. “Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o sus reglamentos...”, d. “La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición”. e. “Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas”, f. “Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público”. g. “Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”. h. “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”. i. “El arrendamiento o adquisición de inmuebles”. Lo que en principio puede significar un escenario más restringido para la selección de proponentes a través de mecanismos distintos a la regla general de la licitación, no resulta a la postre cierto, si se tiene en cuenta que las causales no incluidas en esta modalidad de selección se incluyen en la de selección abreviada, a saber: 1. La menor cuantía. 2. La declaración desierta de la licitación. 3. La adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios. 4. Los contratos de Entidades Promotoras de salud. 5. Los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado o Sociedades

de Economía Mixta, que pasaron a formar parte de esta modalidad de selección o a aplicar el régimen de derecho privado por lo cual se excluyen del régimen general en su gran mayoría en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 1150 de 2007.

En desarrollo entonces de este ejercicio reflexivo, es necesario agregar que de conformidad a la reforma incluida en el literal b del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, en lo referente a la contratación de menor cuantía, es importante referir que los cambios a nivel de las entidades que manejan presupuestos abultados es mínima, lo que sin embargo no incluye a la gran mayoría de entidades estatales que manejan presupuestos anuales inferiores a los 120.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para los cuales la menor cuantía pasó de ser de 125 SMLMV en la norma derogada de la Ley 80 de 1993 (Parágrafo del Art 39) a 280 SMLMV, como puede verse en mejor forma en el cuadro que se presenta a continuación:

PRESUPUESTO DE LA ENTIDAD EN SALARIOS MÍNIMOS	MENOR CUANTÍA EN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES LEY 80 DE 1993	MENOR CUANTÍA EN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES LEY 1150 DE 2007
Superior o igual a 1.200.000	Hasta 1000 salarios	Hasta 1000 salarios
Superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.00	Hasta 800 salarios	Hasta 850 salarios
Superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000	Hasta 600 salarios	Hasta 650 salarios
Superior o igual a 2.500.00 e inferior a 500.000	Hasta 400 salarios	Hasta 450 salarios
Superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000	Hasta 300 salarios	Hasta 280 salarios
Superior o igual a 120.000 e inferior a 120.000	Hasta 250 salarios	
Inferior a 12.000	Hasta 125 salarios	

Lo anterior significa un incremento extraordinario realmente y que a la postre obviamente excluye mayor número de procedimientos de la selección objetiva por licitación pública, sumado lo anterior a la ya conocida práctica de fraccionamiento de contratos que “serían la prueba de una posible celebración de contratos con violación de requisitos esenciales” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O.; 2000; P. 155). Lo anterior, da entonces como resultado concluyente que la reforma convirtió aún más a la licitación en una especie de aplicación cada vez más excepcional y a juzgar por su desarrollo en una especie en vía de extinción dentro del catálogo de procedimientos de selección que contempla el estatuto de contratación, especialmente en el contexto del contrato de obra pública, si tenemos en cuenta que por bienes de características técnicas uniformes no pueden ejecutarse tales recursos pues el concepto de obra estándar no se aplica en Colombia.

Así entonces los mencionados aciertos en la modificación de los procesos de selección que han sido prácticamente el baluarte relevante de la reforma, en el contexto del contrato de obra pública, no resulta tanto así, si se tiene en cuenta que la misma contribuye a la proliferación del denominado fraccionamiento de contrato que aunque no esté literalmente tipificado en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública es un fenómeno que afecta la ejecución de los recursos públicos por vía de la contratación, pues ofrece un escenario que lo facilita notablemente, de manera especial en las entidades de menores presupuestos que en la práctica se trata de la gran mayoría.

Sin embargo, es importante analizar ya

para finalizar el presente documento, cuáles han sido los efectos prácticos en el contexto colombiano a fin de darle al presente escrito lo que denomina el profesor de la Universidad de Salamanca, Miguel García Conlledo, un baño de realidad, por lo que se hace entonces necesaria la revisión de los pronunciamientos de la jurisprudencia colombiana frente al tema.

### **Antecedentes en la Jurisprudencia Colombiana frente a la Nulidad del Contrato Estatal en Vigencia de Ley 80**

Lamentablemente los diálogos entre doctrina y jurisprudencia que bien propone el profesor Jean Riveró en sus Páginas de Derecho Administrativo como necesarios para la construcción del derecho administrativo, no pueden desarrollarse en el contexto de la nulidad del contrato estatal, si tenemos en cuenta la falta de uno de sus interlocutores, pues como bien los expresa el profesor asociado de la Universidad de los Andes Felipe de Vivero Arciniegas, el Consejo de Estado en su Sección Tercera no ha producido jurisprudencia a la fecha sobre litigios “contractuales” propiamente dichos suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, por lo que las referencias contenidas en las reflexiones previas hace alusión básicamente al análisis de la jurisprudencia constitucional que sobre el tema tiene una producción importante. Así las cosas, se hace necesario apostar por la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa para que sea el juez natural quien decante hacia el futuro la solución de estas controversias que la realidad colombiana demanda en el contexto del contrato estatal, sumado a

la desafortunada reforma que en la práctica ha generado sendos traumatismos y se constituye de fondo como acá se ha sustentado en una herramienta que si bien pretendió reducir la corrupción y privilegiar la eficiencia no ha logrado en el corto tiempo de ejecución ninguno de sus objetivos. Lo anterior, nos permite concluir que especialmente los propósitos de la reforma en materia de reducción de la corrupción, muy seguramente no arroje en la práctica un mejoramiento sustancial en los índices de transparencia, toda vez que en la estructura normativa de la reforma subyacen sendas falencias, puesto que bajo el argumento de hacer eficiente la gestión contractual, se modificó toda la estructura de las modalidades de selección convirtiendo a la denominada “regla general” de la licitación pública en una modalidad en vía de extinción en virtud de lo expresado en la Ley 1150 de 2007, lo que a la luz de lo ocurrido en la práctica no resulta cierto, puesto que existen diferentes eventos en la ejecución de los recursos públicos por vía de la contratación estatal que han demostrado que en vigencia de Ley 80 de 1993, es posible reducir notablemente los denominados costos de operación de la contratación estatal con el manejo de proyectos integrales como es el caso del distrito capital en el presente periodo de gobierno que deja sin piso el argumento del equipo consultor que elaboró la propuesta de reforma del estatuto contractual de reducir costos operacionales por vía únicamente de la reducción de procesos de selección en la modalidad de la licitación pública, por cuanto es perfectamente posible generar dichos ahorros en el marco de la Ley 80 de 1993, es decir, sin necesidad de la mentada reforma.

### **Referencias Bibliográficas:**

SUÁREZ BELTRÁN, G. (2007). Reforma al estatuto general de contratación de la administración pública. Bogotá. Editorial LEGIS.

- GÓMEZ LEE, Juan Dario, (2008). Comentarios a los nuevos mecanismos de reelección de contratación.

#### Legislación Nacional

Ley 1150 de 2007 (Julio 16) por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80.

Ley 80 de 1993 (Oct. 28) por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 550 de 1999 (Dic 30).

Ley 617 de 2000 (Oct 6).

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 259/2008 del 11 Marzo de 2011, MP Jaime Córdoba Triviño.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Bogotá. Editorial Universidad Externado.