



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN Y LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN

FELIPE MOLANO VELEÑO

Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogado

Director

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR PhD

Bogotá D.C., 2019

RESUMEN

La adopción de políticas públicas lo mismo que la gestión pública necesaria para su ejecución, son herramientas esenciales para la consecución de los fines del Estado, entre ellos, la satisfacción del interés general, así como garantizar tanto la protección como la efectividad de los derechos de las personas en general, al tiempo que, igualmente, constituyen instrumentos para promover, garantizar y mantener la confianza en la actividad estatal. Esta tendencia, cuando menos novedosa del ordenamiento colombiano, se ha desarrollado con mayor auge desde la Constitución Política de 1991, en la que se consagró un modelo estatal más progresista, aunque menos intervencionista que, a la vez, generó una serie de controles de diferente índole que, sin embargo, al día de hoy no han logrado dar plena satisfacción a los objetivos y fines a ellos atribuidos.

Por su parte, la contratación estatal es uno de los principales instrumentos para la ejecución de las políticas públicas y, por lo tanto, de manera especial, de la gestión pública, para la ejecución de los recursos públicos sea que ellos estén incorporados en el Sistema Presupuestal General de la Nación, en los Esquemas Presupuestales de los Sistemas Generales de Participaciones, en los Sistemas Presupuestales de las entidades territoriales e, inclusive, en los presupuestos de las entidades privadas que recaudan, administran, invierten o destinan recursos de origen público. Por ello, la contratación estatal debe observarse bajo dos ópticas: la primera, referida a las clases de contratos cuya tipología, requisitos de existencia y validez y demás aspectos relacionados con su contenido y alcance están definidos principalmente en el derecho común y solo en algunos casos especiales por las reglas de derecho público; y, la segunda, que se refiere a los mecanismos de estructuración, planeación, sistemas y procedimientos de selección, adjudicación, celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal, los cuales se regulan íntegramente por normas de derecho público, conforme a un régimen común contenido en el Estatuto General de Contratación o a regímenes especiales contenidos en normas especiales. De acuerdo con tales ópticas, todas las entidades que integran la administración pública en sus distintos órdenes y niveles, realizan gestión contractual como expresión de la gestión pública para la ejecución de las políticas públicas.

Empero, desde hace varias décadas, la contratación estatal sigue estando cuestionada por diferentes razones con base en las cuales se pone en duda la transparencia, la selección objetiva y la

competitividad, lo mismo que la eficiencia, la eficacia, la oportunidad y la economía de la gestión pública, a tal punto que -como lo han revelado principalmente los medios de comunicación-, han florecido los llamados carruseles de contratación y germina y se extiende, de una manera preocupante la corrupción -tanto de agentes privados como de agentes estatales- alrededor de la dicha contratación y frente a los ojos apenas expectantes de los organismos de control, la lupa gris de las autoridades de investigación criminal y la incredulidad, asombro e impotencia de la opinión pública.

Ahora, salvo las reglas que gobiernan los sistemas de contratación, no existe una entidad pública que tenga por propósito fundamental ordenar -mediante regulaciones de carácter administrativo, distintas de las que resultan del ejercicio de la potestad reglamentaria de la ley-, coordinar, dirigir, seguir, monitorear, inspeccionar, vigilar y controlar administrativamente el ejercicio de la gestión pública contractual a cargo de todas y cada una las entidades que integran la administración pública en todos los órdenes y niveles, así como de las particulares que administran recursos de origen público que se utilizan mediante la celebración de contratos a los que por ello se les aplican los principios de la contratación estatal. Dos avances han sido, la creación del sistema de información en materia de contratación, por una parte y, por la otra, la posterior creación de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, con el objetivo de proponer políticas públicas y utilizar herramientas orientadas a la articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación estatal con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

La finalidad esencial que persigue el presente trabajo con base en la investigación adelantada que aquí se desarrolla, es proponer la creación tanto de una Comisión de Regulación como de una Agencia Nacional de Contratación Pública, con el objeto de garantizar la planeación y la gestión adecuada del sistema contractual y, de contera, restablecer la confianza en el sistema de contratación estatal.

PALABRAS CLAVES

Contratación estatal, gestión pública contractual, ejecución de políticas públicas, dirección, ejecución financiera, regulación, seguimiento, monitoreo, inspección, vigilancia, control.

ÍNDICE

1. Introducción

2. La Economía Social de Mercado en el Estado Social de Derecho

3. El Contrato Estatal

4. La Contratación Estatal en Colombia y sus déficits

5. Alternativas de Solución al Sistema de Contratación Público en Colombia

5.1. Organizar el Sistema General de Contratación Estatal

5.2. La atribución de competencias administrativas de monitoreo y seguimiento integral de la actividad contractual

5.3. La atribución de competencias administrativas de inspección, vigilancia y control

5.4. La cesión del contrato y la toma de posesión del Contrato sin su terminación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio

5.5. Las Funciones de regulación, de consulta y de unificación doctrinal de la actividad contractual

6. Las nuevas entidades y sus atribuciones

6.1. Antecedentes

6.2. La Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente

6.3. El Sistema Electrónico de Contratación -SECOP-

6.4. La necesidad de introducir ajustes a la Contratación Estatal

6.5. La Comisión Nacional de Regulación de la Contratación Pública

6.6. La Agencia Nacional de Contratación Pública

6.6.1 Las funciones de monitoreo y seguimiento integral de la planeación y la gestión contractual

6.6.2 Las funciones de inspección, vigilancia y control

7. Conclusiones

1. Introducción

Este trabajo es el resultado de una investigación jurídica que tiene como objetivo abordar uno de los problemas más importantes que enfrenta Colombia como es su contratación estatal la cual se ha visto enfrentada a lo largo de los últimos años a diversos aspectos negativos como son: su falta de oportunidad, su baja gestión, su inoperancia ante las reglas presupuestales del país y, sin duda, la corrupción.

Para tal efecto, se parte de cuatro premisas primordiales: (i) la contratación es uno de los instrumentos para ejecutar el presupuesto público y con él satisfacer las necesidades de la comunidad y de la propia organización estatal mediante la provisión de bienes y servicios que requiere el Estado para cumplir sus finalidades; (ii) las entidades públicas han sido creadas para ejercer funciones estatales y garantizar la efectividad de los derechos de las personas a la educación, la salud, la seguridad, la justicia, la vivienda, la movilidad, la recreación, el deporte, el bienestar social, entre otros. Por ello, en el quehacer ordinario de la organización estatal, la contratación es una actividad operativa para el logro de sus fines, pero no es el fin en sí mismo; (iii) la actual institucionalidad para apoyar a las entidades públicas en su labor contractual como “Colombia Compra Eficiente”, está creada para ser un órgano asesor y coordinador de políticas públicas, mientras que los órganos de control como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las personerías y contralorías territoriales actúan más en el marco sancionatorio, sin dejar espacio a una verdadera comunicación de las problemáticas contractuales y a su resolución. Todo ello sin contar que la administración de justicia, lamentablemente, por su demora en la toma de decisiones no aporta al momento actual elementos jurídicos para resolver de fondo los asuntos actuales que deben abordar todos los servidores públicos; y, (iv) es necesario ampliar y con ello fortalecer la institucionalidad para hacerla más dinámica, cercana a los problemas contractuales, próxima a los funcionarios y al Estado mismo con varios objetivos:

- Garantizar una efectiva construcción de políticas públicas contractuales
- Proveer una necesaria unificación de doctrina
- Trabajar en una verdadera prevención de conductas que puedan generar inoperancia y corrupción, e

- Intervenir con medidas eficaces en los casos en que sea necesario apartar a la entidad contratante de su papel, con miras a culminar adecuadamente el contrato y obtener su finalidad.

Con estas premisas, luego de describir los antecedentes próximos de la contratación estatal y su problemática, la creación del SECOP y la Agencia “Colombia Compra Eficiente” y señalar la necesidad de introducir ajustes, el resultado de la investigación plasmado en este trabajo de grado, propone la creación de dos entidades robustas institucionalmente, a saber:

1. La Comisión Nacional de Regulación como un órgano autónomo, de orden constitucional, con las funciones de unificación doctrinal, consulta para entidades de orden territorial, establecimiento de políticas de coordinación, implementación y ejecución de los procesos de contratación.
2. La Agencia Nacional de Contratación Pública como un órgano autónomo, de orden constitucional, dotada de las funciones de seguimiento, monitoreo, inspección, vigilancia, control e intervención y con ella la toma de posesión.

El resultado de la investigación que se registra en este trabajo señala que frente al tema de la contratación estatal se plantean muchas variantes y al mismo tiempo varios desafíos, propios de un sistema que está en constante evolución técnica, económica, social, ambiental, cultural y jurídica, íntimamente ligado a la configuración, desarrollo y funcionamiento de la organización estatal y comprometido con la realización de los fines del Estado, por lo que se puede concluir que la contratación es una de las herramientas principales para el ejercicio de la actividad administrativa y con ella para la ejecución de las políticas públicas mediante la gestión pública.

En esta medida, si bien el sistema contractual del Estado configura un universo en sí mismo de alternativas y posibilidades, marcado por una sorprendente dinámica que lo hace mutable y muchas veces esquivo a ser encapsulado en una única doctrina que la simplifique en su funcionamiento, es de denotar que sigue siendo parte de un universo aún más vasto como lo es el derecho administrativo, que, sin ser su única fuente, determina sus lineamientos básicos.

Con respecto a su vocación principal como herramienta de derecho público, encontramos que en su naturaleza se encuentra impreso el ser un puente de comunicación entre el Estado y los particulares, a quienes les sirve no solo como vehículo para satisfacer los fines que son requeridos por la sociedad, sino por ser capaz de gestionar la res pública en favor de lo que el Estado considera principal y necesario, dentro de cada comunidad en particular.

De ahí que la institucionalidad que debe rodear a la contratación pública debe ser efectiva y cercana a la solución de los problemas que se generan en la actividad diaria pues se requiere de apoyo a las entidades para que éstas puedan operativizar la contratación de manera más eficaz sin perder el norte de sus objetivos misionales y actuando de manera certera, permitiendo así que el aporte del derecho público a la contratación estatal vaya desde su objetivo principal que es el interés general, hasta sustentar sus bases y fijar un poder coercitivo, para su cumplimiento y adecuado desarrollo, entendiendo que en la contratación estatal entran vertientes jurídicas complementarias como son las propias del derecho común -civil y comercial- que aportan a su instrumentalización básica y fundamental, a través de la tipología contractual con todo el régimen jurídico acerca de su existencia, validez, contenido y alcance.

Por consiguiente, este trabajo plantea una forma complementaria de realizar y entender la contratación estatal y el papel que deben cumplir las entidades públicas no solo desde su posición como contratantes y, por lo tanto, como gestoras y supervisoras del contrato y del contratista respectivamente, mediante el ejercicio de atribuciones excepcionales, sino con autoridades públicas, para el ejercicio de potestades y con ellas de funciones administrativas en materia de contratación, como serían las de regulación, monitoreo, seguimiento, inspección, vigilancia y control, generando instituciones que fortalezcan la contratación estatal y a sus operadores buscando que esta disciplina -que resulta ser muy dinámica- de oportuna respuesta a los innumerables retos técnicos, económicos, sociales, ambientales, culturales y jurídicos que poco a poco van superando la regulación vigente, provocando que se pongan en peligro y hasta se vulneren principios tan importantes como lo son los de *“transparencia, economía y responsabilidad”*.

Finalmente, el trabajo resultante de la investigación jurídica, busca reconocer que la contratación estatal se ejecuta adecuadamente en un alto porcentaje que, sin embargo, tristemente se ve perdido, en los casos que públicamente se conocen, bien sea por la corrupción o por ineficiencias de cualquiera de las partes y, sobre todo, por el tiempo en que tarda operar los mecanismos que rescaten las necesidades insatisfechas por esos contratos que terminan irregularmente y de los cuales la ciudadanía demanda su resolución.

2. La Economía Social de Mercado en el Estado Social de Derecho

Téngase presente que como respuesta a la necesidad de un modelo Estatal intervencionista pero sustentable, se produjo un cambio en la naturaleza social y económica del Estado y se dio paso al Estado Social de Derecho el cual adquirió las herramientas necesarias para no solo ser un agente reactivo, sino convertirse en actor principal en la dirección general de la economía y en la intervención concurrente en la producción de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades básicas y la garantía y efectividad de los derechos de sus asociados, con lo cual, complementariamente, se abrió paso al sistema de economía social de mercado que fue adoptado en Colombia desde la Constitución Política de 1991, con una armonización integral entre el particular y el Estado. En ésta, además de garantizar el derecho a la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, lo que implica la de los medios o factores de producción, se garantiza igualmente la libertad económica y la iniciativa privada lo mismo que el derecho a la libre competencia económica, lo cual asegura el funcionamiento de los mercados, sin perjuicio de las facultades que el Estado conserva para ejercer la dirección general de la economía, para regular determinadas actividades económicas y para ejercer las funciones de inspección, vigilancia, control e intervención sobre ellas o respecto de los sujetos que se dedican a su realización.

Pero el sistema impone que la propiedad y con ella la de los factores de producción sea una función social que implica obligaciones, así como que la actividad económica y la iniciativa económica que son libres se ejecuten dentro de los límites del bien común, pudiendo la ley delimitar su alcance cuando así lo exijan, entre otros, el interés social, razón por la cual, la empresa, como base del

desarrollo, tiene una función social que igualmente implica obligaciones, al tiempo que la libre competencia económica -que es un derecho de todos-, supone responsabilidades.

Ahí están los elementos esenciales de la economía social de mercado, que implica la libre concurrencia de todos, particulares y organización estatal, para la producción y distribución de los bienes y servicios que los agentes económicos requieren para satisfacer sus necesidades y con ello lograr la efectividad de sus derechos, especialmente los de contenido económico y social, dentro de los límites del bien común y con la función social que tienen dichas actividades y los bienes que se utilizan para su realización. Precisamente por ello, la Corte Constitucional en sentencia del 23 de octubre de 1997, señaló:

“Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible. El alcance de la decisión constituyente no se avizora sin antes repasar someramente los estadios que la precedieron, pues ella se coloca al final de un largo decurso histórico que muestra la relación cambiante que vincula el mercado a la sociedad y al Estado.

“La institución del mercado corresponde a un dato histórico y cultural. En una época el mercado sólo desplegó una función marginal, dada la autosuficiencia de ciertas comunidades, circunstancia que todavía se presenta en algunos lugares del país y en relación con ciertos grupos humanos. En un momento ulterior de la historia, los gremios y corporaciones, en sus respectivos campos, controlaron las profesiones y los oficios y sujetaron a su férrea disciplina la producción y distribución de sus productos. El control corporativo del mercado, progresivamente fue desplazado por las corrientes de internacionalización que siempre han alentado el comercio y por la presencia cada vez más notable de la clase de los comerciantes en expansión creciente. Los estados nacionales, a su turno, al prohiar la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas.”¹

Este es el modelo que en Colombia sirve de marco para la realización de la actividad contractual en relación con el Estado, en la cual el contratista será un colaborador de la administración que coadyuva en la ejecución de las políticas públicas y la utilización y aplicación de los recursos públicos para la realización de los fines del Estado.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-535 de 1997, Bogotá, 23 de octubre de 1997 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. El Contrato Estatal

La noción de contrato es tan antigua como el derecho y por ello puede encontrarse muy bien desarrollada en los regímenes jurídicos de algunas culturas mesopotámicas, entre ellos, en el Código de Lipit-Ishtar,² el Código de Eshnna³ y el Código de Hammurabi.⁴

Por su parte, el concepto de contrato estatal es mucho más reciente, de la época del florecimiento del derecho romano, y no una construcción moderna como algunos creen. Precisamente el siguiente texto de Polibio se refiere al proceso de contratación de bienes y servicios estatales:

“De igual manera, el pueblo romano está subordinado al Senado y está obligado a tomar en consideración sus deseos, tanto en lo que concierne a los asuntos públicos como a los privados. Los contratos, demasiado numerosos para detallarlos, son adjudicados por los censores en toda Italia para la reparación o la construcción de edificios públicos, y también se obtienen ingresos de muchos ríos, puertos, jardines, minas, tierras de labor. Todo queda bajo control del gobierno de Roma y de todos estos encargos participa la gran mayoría de la gente, de modo que es difícil encontrar a quien no esté interesado en ello, bien como contratista o bien como empleado en los trabajos. Unos obtienen los contratos adjudicados por los censores; otros son sus socios; otros aseguran como avalistas a los contratistas, o bien responden con sus propiedades particulares ante el tesoro público (Polibio 6, 17, 1-4).”⁵

Conforme al derecho público entonces vigente, en Roma, el mantenimiento y reparación de edificios y vías públicas (*ultra tributa, sarta tecta*) eran trabajos adjudicados por los censores a los contratistas (*redemptores*), quienes antes de cobrar el precio concertado debían esperar a que los censores recibieran las obras de plena conformidad (*probare*) y así lo hicieran constar en sus registros (*ensoriae tabulae*), y todo ello dentro del plazo de finalización de obra fijado en el contrato. El

² TECNOS: *Los Primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Segunda Edición, Madrid, 2009, pp. 109 a 133

³ TECNOS: *Los Primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Segunda Edición, Madrid, 2009, pp. 135 a 174

⁴ TECNOS: *Código de Hammurabi*. Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado. Tecnos, Clásicos del Pensamiento. Reimpresión de la Cuarta Edición de 2008, Madrid, 2012, pp. 3 a 46

⁵ FERRER MAESTRO, Juan José: *Los contratos públicos y el poder privado en la República Romana*. Universitat Jaume I de Castellón, 2008.

contrato de adjudicación de obra pública exigía, además, la prestación de alguna garantía personal (*praes*) o real (*obligatio praedorum*), que respondiera del buen fin de los trabajos y que, en algunos casos, por su complejidad y elevado volumen económico, acababa involucrando a diferentes ciudadanos en el proceso de formalización de dichas garantías y sus correspondientes afianzamientos, tal como se puede comprobar en el citado texto de Polibio.

Claro queda, entonces, que la contratación estatal no es tan reciente, data del mismo derecho romano y fue necesaria para la construcción, el mantenimiento y la operación de la gran infraestructura vial y de servicios públicos, entre ellos el de acueducto, que se desarrolló tanto en la República como en el Imperio, y de allí se extendió a todo occidente, con lo cual se infiere la existencia de un régimen público distinto al que generalmente se estudia en derecho privado romano.

Posteriormente, en Francia, conforme al contexto político referente a la situación de conflicto “*entre el poder ejecutivo y el poder judicial en el periodo revolucionario y napoleónico*”⁶ se abrió el debate sobre la naturaleza que debería adquirir el contrato estatal y la necesidad de una independencia o autonomía que separase el régimen de contratación civil juzgado por el común de los jueces y un régimen naciente de uso exclusivo para los agentes de la administración, el cual abarcase entre muchas otras cosas este tipo contratación en particular y la cual permitiría ser juzgado por jueces especializados que integraban la así denominada jurisdicción contencioso-administrativa.

Más recientemente, los debates sobre la forma en que el Estado se entendería con el particular; los procesos de selección, partiendo de la existencia de mercados de competencia generalmente imperfecta en los cuales la organización estatal interviene como único o escaso comprador de bienes y servicios; los tipos de contratos a celebrar; los requisitos de existencia, de validez y de perfeccionamiento; y, las cláusulas que deberían contener bien fuere para garantizar determinados privilegios a favor de la administración o para actuar en igualdad de condiciones, entre otros temas, generó que se produjeran disputas entre las teorías que proponían que el Estado tendría que dejar de lado su condición de imperio, “*doblegando el modo de ser ente público*”⁷ para someterse a las reglas

⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, 2003, Ed. Legis, Bogotá. pp. 35.

⁷ MONEDERO GIL, José Ignacio: *Doctrina del contrato del Estado*, Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2015. p. 85.

del derecho común, de una parte y, de la otra, quienes predicaban la imposibilidad de que el Estado deje de lado su condición, naturaleza y fines para negociar con el particular, razón por la cual se requería un sistema contractual distinto del derecho común en el cual se distinguiera claramente el régimen jurídico del contrato Estatal e inclusive el juez encargado de resolver las controversias que con motivo del mismo surgieran. En el caso colombiano, esta segunda postura se abrió paso durante buena parte del Siglo XX y por ello se adoptaron regímenes especiales, diferentes al derecho común, con estatutos que regularon de manera concreta los contratos administrativos, v.gr. como los contenidos en la Ley 4 de 1964, en el Decreto 150 de 1976 y en el Decreto 222 de 1983.

Expedida la Constitución Política de 1991, que como atrás se vio, adoptó en uno de sus ejes temáticos un modelo de Estado diferente al anterior y en otro de sus ejes un sistema económico de economía social de mercado al cual debe someterse en su actuación económica el conjunto de entidades que integran la administración pública, se requirió actualizar, para ponerlo a tono con los cambios constitucionales, el estatuto de Contratación que, una vez expedido, se convirtió en un Estatuto General y el cual se adopta bajo un esquema mixto, esto es, que respeta la condición, naturaleza y fines del Estado con base en lo cual su actuación debe cumplirse de conformidad con los principios que orientan la actuación pública, pero también admite la aplicación de las normas y principios del derecho privado en todo aquello que se refiera a los requisitos de existencia y validez; acepta la tipología contractual del derecho civil y comercial con las cláusulas propias de su naturaleza, sin perjuicio de ir construyendo una tipología complementaria y de mantener para algunos contratos algunas cláusulas excepcionales al derecho común; somete a determinadas reglas especiales procedimientos para el ejercicio de las potestades excepcionales -de interpretación, modificación y terminación unilaterales lo mismo que de caducidad-, o para la imposición de multas o para la liquidación unilateral del Contrato; y, determina el juez especial competente para resolver las controversias que surjan con motivo de su celebración, ejecución y terminación.

Esta nueva concepción debería haber generado una contratación más transparente, objetiva y adecuada a los fines del Estado. Sin embargo, al día de hoy ella parece ser insuficiente con el objeto de dar respuesta a las diferentes necesidades de la contratación estatal; así mismo, se ha producido una tendencia formalista a sobreproteger el contrato, lo que ha derivado en que sea excesivamente

complejo riñendo con la realidad lo que desvirtúa el fin último de la contratación, esto es, servir de instrumento o herramienta para garantizar el cumplimiento de los fines y cometidos estatales.

Este tratamiento especial del contrato estatal configura una interdisciplinariedad de áreas técnicas, económicas, sociales, ambientales, culturales y jurídicas que rigen y determinan su contenido. Dicha interdisciplinariedad ha guiado su evolución, donde las tradiciones y costumbres de los distintos países que han participado activamente en su configuración han alterado los parámetros más concretos y rígidos del derecho contractual civil llevando su teoría, principios y reglamentos a órbitas jurídicas nuevas donde se resalta la dependencia del “*derecho concreto con las relaciones al derecho abstracto.*”⁸

Por ello, el contrato estatal se presenta como una concreción del pensamiento social de lo público y la expresión para resolver las necesidades que la sociedad en su conjunto demanda en la realidad, siempre respetando las limitaciones de carácter financiero, político, social y legal previamente establecidas según el contexto del país donde se pretenda ejecutar y manteniendo una colaboración con los particulares para su efectiva concreción en el entendido de las imposibilidades sobrevinientes que el Estado posee para realizar la totalidad de actividades.

A raíz de esta situación se propende por una herramienta jurídica que brinde un puente efectivo entre la administración pública y los particulares quienes llevan los elementos técnicos y materiales que se precisen para satisfacer la necesidad de la comunidad. Ello genera que el Estado recurra al mercado en pro de satisfacer su necesidad que es la de todos.

Así, entonces, el contrato Estatal se encuentra inmerso en dos teorías que guían su estructura de manera distinta: (i) una tradición civilista que lo entiende como un subsistema jurídico del derecho contractual clásico⁹, por una parte y, por la otra, (ii) una doctrina de connotación *ius publicista* del

⁸ VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, Biblioteca Virtual Universal, Editorial del Cardo, 2003. p. 23. Enlace <http://www.biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf>.

⁹ La teoría que señala la ineficiencia e inoperancia de cambiar a un sistema de contratación autónomo parte del supuesto de que “*las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil, contra lo que una ingenua tradición de «autonomía» científica ha venido pretendiendo*” puesto que bien sean los contratos “*administrativos (por su pertenencia a la jurisdicción contencioso-administrativa) o sean de los civiles estrictamente tales (por cuanto de sus incidencias conocen los Tribunales ordinarios).* Estas dos especies de contratos cumplidos por la Administración se unifican en su régimen, contra lo que pretendía la teoría

contrato que separa radicalmente el contrato estatal del sistema civil hasta el punto de orientarlo, como una disciplina exclusiva del derecho público perteneciente al derecho administrativo como categoría independiente¹⁰; separaciones que sin lugar a duda son limitantes del verdadero contenido jurídico que atañe a esta herramienta, toda vez que muchas veces las circunstancias superan la categoría pública y privada a través de la formación de hechos pertenecientes a la práctica recurrente de la población y que difícilmente pueden ser catalogados en una sola de estas ramas del derecho¹¹; separaciones que sin lugar a duda son limitantes del verdadero contenido jurídico que atañe a esta herramienta, toda vez que muchas veces las circunstancias superan la categoría pública y privada a través de la formación de hechos pertenecientes a la práctica recurrente de la población y que difícilmente pueden ser catalogados en una sola de estas ramas del derecho.¹²

Y es que tal y como lo señaló el profesor Eduardo García Enterría *“la gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo.”*¹³

divisionista estricta, en aspectos que cada vez los juristas valoran más ampliamente”, puesto que son idénticos “sus aplicaciones, particularismo de la elaboración de las cláusulas contractuales, formación interna de la voluntad administrativa, así como son idénticas en las reglas sobre capacidad de las partes, vicios del consentimiento, nulidades, ejecución, extinción, responsabilidad contractual etc., etc., e incluso más, frente a la ingenua doctrina de la «cláusula exorbitante», resulta que «en la ejecución de sus contratos de Derecho privado la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal», y hasta «cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral o de rescisión del contrato».” GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *La Figura del Contrato Administrativo*, España-Madrid, 1963. Revista de Administración Pública no. 411. pp. 112 - 113

¹⁰ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Colombia, Bogotá D.C, 2003, Ed. Legis. pp. 33 y 34.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado general del contrato público*, edición 2013, editorial La Ley, Buenos Aires. p. 16.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado general del contrato público*, edición 2013, editorial La Ley, Buenos Aires. p. 16.

¹³ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *La Figura del Contrato Administrativo*, España-Madrid, 1963. Revista de Administración Pública no. 411. p. 111

Con todo, el entendimiento del contrato Estatal va más allá de este debate, el cual sin embargo nos permite tener una primera concepción que repercute con fuerza al interior de nuestra regulación, sin que necesariamente ello se traduzca en la práctica de manera automática.

Se podría abordar el contrato que celebra el Estado como aquel derivado del ejercicio de la función administrativa y que, según la legislación, la doctrina y la jurisprudencia imperante en sus distintas épocas ha tenido o tiene las siguientes acepciones: contrato administrativo¹⁴, contrato público y contrato estatal. Sin embargo, tales expresiones configuran en su interior precisiones que exigen que su utilización no pueda usarse de manera semejante pues entrañan una connotación jurídica diferente.

El contrato estatal parte de un escalón superior a la simple comparación del desarrollo en el derecho civil clásico. El estudio inicia con la consideración del contratista no como un simple particular, sino como colaborador de la administración y, en general, del Estado y, por lo tanto, también debe actuar con la finalidad de proteger el patrimonio público con el cual se financia el objeto del contrato estatal y salvaguardar el interés público que es el que guía la actuación estatal, lo cual genera cargas y deberes que no se exigen de contratantes particulares donde solo están en juego derechos subjetivos e intereses particulares y concretos. Y pasa luego por la necesidad de estudiar el contrato como un instrumento para la ejecución de políticas públicas y la ejecución de las inversiones o el gasto públicos mediante el uso de los recursos públicos o la explotación de los bienes del Estado que, por lo demás, en los casos de concesión, deben serle revertidos al término de las mismas.

¹⁴ El contrato administrativo era una doctrina inadmisibles en el sistema público colombiano en la medida que fue un intento por crear un contrato único que no requiriera remisión a la normatividad civil y que fuera para uso exclusivo del Estado, circunstancia que como identifica Rodrigo Escobar Gil *era* considerar que la autonomía del Derecho Administrativo, consistiese en que sus instituciones fueran totalmente distintas de las del “Derecho Civil y que correspondiesen a esferas jurídicas opuestas e irreconciliables, que no permitiera un intercambio normativo recíproco” situación que imposibilitaba su funcionamiento, sin embargo dicha teoría debía su postulación a “una serie de dogmas que en la actualidad se encuentran profundamente superados por la Ciencia Jurídica, como lo son la teoría de la división de poderes públicos del Estado y la antigua ficción de la doble personalidad jurídica del príncipe, la que a su vez, proporciona la absurda dicotomía del Ordenamiento jurídico que postulaba una absoluta escisión entre el Derecho Público y el Derecho privado”. Por lo que todos los esfuerzos de la doctrina por adecuar esta teoría resultó fallido “por construir una teoría del contrato administrativo con sustantividad propia y una naturaleza jurídica distinta de los contratos de Derecho Privado que conciertan a los entes público, ante la incontrastable realidad de un ordenamiento jurídico unitario, que le confiere a la administración Pública una personalidad jurídica única.” ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá, 2003, Ed. Legis p. 49.

Aun así, el derecho público debe tener en cuenta herramientas del derecho privado para responder a un contexto cada vez más cambiante que incluye el hecho de que las fronteras rígidas e institucionales que los Estados construyeron con relación a otros Estados y sujetos de derecho internacional, son cada vez más discutibles presentándonos cada vez más la idea de una real comunidad internacional de la que dependen todos los individuos existentes y la cual requerirá instituciones y empresas de colaboración y ámbitos inter - estatales que hoy por hoy son débiles con respecto al desafío o simplemente no existen en algunos casos.

En cuanto a la evolución del derecho contractual estatal colombiano es menester aclarar que, como país receptor tardó tanto del derecho romano como del derecho francés, nuestra evolución es mucho más reciente lo cual sin duda nos vuelve “inmaduros” ante temas jurídicos ya superados en otras jurisdicciones de mayor antaño.

Nuestra evolución está demarcada por la aparición de regímenes jurídicos para regular el contrato estatal e implementaciones cortas con cambios significativos, por lo que evidenciamos lo siguiente:

Sin perjuicio de normas particulares de contratación contenidas en leyes ordinarias expedidas desde 1873 o de normas incorporadas en estatutos especiales como el Código Fiscal de 1873 o el de 1912, o en el Código de Régimen Político y Municipal de 1913, una primera verdadera etapa de la contratación estatal es la que está comprendida entre los años de 1958 y 1975, en la cual se introducen importantes modificaciones institucionales de carácter técnico que sientan las bases de la planeación en Colombia para la inversión pública y la racional utilización de los recursos públicos, lo mismo que importantes ajustes en los procesos y procedimientos para el ejercicio de la función administrativa, los que además de incorporar reglas relacionadas con la expedición y notificación de los actos administrativos y su revisión en sede administrativa, introdujeron reglas de procedimiento administrativo contractual para la selección de contratistas y la ulterior celebración de contratos administrativos. De esta etapa data el primer estatuto de contratación contenido en la Ley 4 sancionada el 30 de septiembre de 1964, aplicable a los contratos celebrados por la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales. Este Estatuto clasificó los contratos estatales en tres clases: a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios; b) Para los mismos

finés, mediante el sistema de administración delegada; y, c) Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva.

Una segunda etapa va desde 1976 a 1982, en la cual se expidió el Decreto 150 del 27 de enero de 1976, “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”, aplicable a todos los contratos celebrados por la Nación (ministerios y departamentos administrativos), los establecimientos públicos, las superintendencias y los organismos descentralizados y a algunos contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, y a las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 90%. Dicho Estatuto reguló de manera integral los procesos de selección, previó las cláusulas obligatorias y fijó una tipología de contratos estatales en la cual se regularon los contratos de obras públicas -a precio global, a precios unitarios, de administración delegada, con reembolso de gastos, con proponentes extranjeros, y de concesión-, de interventoría, de suministro, de compraventa de bienes muebles, de empréstito, de compraventa o permuta de bienes inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos.

Una tercera etapa va desde 1983 a 1992 con la expedición del Decreto 222 de 1983, “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, con el cual se actualizó el Estatuto de Contratación anterior y clasificó los contratos entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. Contratos administrativos serían los de concesión de servicios públicos, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de suministros, los interadministrativos internos que tuvieran estos mismos objetos, los de explotación de bienes del Estado, los de empréstito, los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-, los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y, los que celebraran instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considera como tratados o convenios internacionales. Serían contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial dispusiera en sentido

contrario, y en sus efectos estarían sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

La cuarta etapa -que es la actual- empezó en 1993 con la expedición de la Ley 80 de 1993, que es una ley general, de objetivos y de principios, en materia contractual, la que en todo caso ha sido objeto de ajustes de manera general con la Ley 1150 de 2007 y de manera especial con leyes para regular la celebración y ejecución de contratos relacionados con determinados sectores como los de infraestructura, hidrocarburos y telecomunicaciones.

Repárese que a partir de esta etapa, el régimen de contratación estatal no está contenido en una única ley como sería la Ley 80, puesto que ésta, como lo manda la Constitución Política solo es una ley general. A manera de ejemplo, ella prevé el Contrato de Concesión, pero éste tiene diferentes modalidades y por ello comporta diferentes regulaciones que lo precisan según cada una de ellas. Si se trata del Contrato de concesión vial nacional, para ello existe la regulación contenida en la Ley 105 de 1993, complementada por las Leyes 1682, 1508 y 1882; si se trata de una concesión de servicios, habrá que acudir a la regulación que el legislador haga de ellos y de la concesión misma; lo propio sucede si se trata de la concesión para la explotación de un bien que integra el patrimonio público. Todo ello indica que la Ley 80 solo sienta un principio que luego se desarrolla por otras leyes.

Además, hay temas contractuales cuyo objeto escapa a la regulación contenida en la Ley 80, como sucede, a manera de ejemplo, con los contratos de hidrocarburos y sus derivados o los contratos de ciencia y tecnología

Por otra parte, siendo la Ley 80 una ley general, aunque ordinaria, porque tampoco se ha aceptado que se trate de una ley marco, deja un amplio campo para la reglamentación lo que ha generado una producción normativa infra legal muy amplia, cuestionada y en veces declarada nula por el juez contencioso administrativo, con lo cual se ha generado una grave afectación en la seguridad jurídica. Empero, con el reglamento no se satisfacen las regulaciones que se exigen de las normas con fuerza de ley, razón por la cual, éste no es la panacea para resolver las lagunas, los vacíos o las imperfecciones de las que adolece la ley.

4. La Contratación Pública en Colombia y sus Déficits

El contrato estatal en Colombia ha tenido una evolución tardía con respecto a otros países, lo cual parte desde la lógica misma de ser un país receptor de las tendencias jurídicas extranjeras que tienen un tiempo de implementación que distorsionan su aplicación y desarrollo, produciendo un efecto normativo retardado frente a las tendencias, acontecimientos y situaciones ya superados en otros sistemas normativos de los cuales derivamos la doctrina incorporada.

Pero, por otro lado, con el curso de los años, el sistema contractual colombiano se ha visto superado por la falta de conocimiento y de experiencia de los servidores públicos en la gestión contractual, situación que se debe en algunos casos a normatividad dispersa, cambio de legislación, pluralidad de normativa sobre el mismo tópico y jurisprudencia variable, que atentan contra el principio de seguridad jurídica. Es por lo que se ha realizado esfuerzo en intentar compilar las normativas que regulan los sectores de la contratación, así como el insistir tanto al órgano legislativo, así como a las autoridades que ejercen potestades reglamentarias y las corporaciones judiciales, que eviten la permite variación y dispersión de las normas, situación que aún no se ha logrado subsanar y representa dificultades engorrosas para los funcionarios a la hora de adelantar un adecuado proceso de contratación.¹⁵

Ahora bien de manera particular se evidencia la ausencia de la gerencia contractual, sin perjuicio de las actividades a cargo del supervisor o de las que corresponden al interventor; por la ausencia de coordinación entre quienes tienen a su cargo cumplir la gestión contractual y los que adelantan los procesos de planeación para la inversión pública y la ulterior administración de los recursos públicos para garantizar la satisfacción de las obligaciones contractuales; y, lastimosamente, por el cáncer de la corrupción que permea principalmente a la contratación en todos los niveles de la administración pública, lo que afecta la validez del contrato por, entre otros casos, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de interés; la violación del orden jurídico, por el

¹⁵ DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe, *Contratación Estatal: Aspectos Controversiales* memorias IV Jornadas de Contratación Estatal, Colombia, 2007, Ed. Uniandes. pp. 27 y 28

desvío o abuso de poder; o, por la presencia de objeto y causa ilícitas que impiden la correcta formación del contrato y hasta interrumpen y luego paralizan tanto su ejecución como la prestación eficiente del respectivo servicio público.

La OCDE, señala que la actividad gubernamental más vulnerable es la contratación estatal.

“La contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción. Como proceso importante en el que interactúan los sectores público y privado, la contratación pública plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos públicos para la consecución de ganancias particulares. Por ejemplo, el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE es más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, la fiscalidad, el poder judicial y la captura estatal, según la Encuesta de opinión ejecutiva de 2005 del Foro Económico Mundial (véase también el Anexo A).¹⁶

En el informe rendido por la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción, la contratación pública ocupó una parte muy importante de análisis y por ello señaló:

“Pertinencia de las políticas de lucha contra la corrupción en la contratación pública

“Dado el nivel de los flujos financieros generados y otros factores, la contratación pública es un ámbito expuesto a las prácticas de corrupción. Según una investigación de 2008 sobre contratación pública y corrupción, los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden ascender al 20% - 25%, y en algunos casos incluso el 50 %, del coste total del contrato. Como señala la OCDE en sus Principios de integridad en la contratación pública, *«la gobernanza deficiente de la contratación pública supone un obstáculo para la competencia del mercado e incrementa el precio pagado por la administración por bienes y servicios, lo cual tiene un impacto directo en el gasto público y, por lo tanto, en los recursos de los contribuyentes. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito de riesgo importante. [...].»*

“Un estudio de 2013 sobre la detección y reducción de la corrupción en la contratación pública en la UE concluyó que, en 2010, los costes directos totales de la corrupción en la contratación pública de solo cinco sectores (carreteras y ferrocarriles; agua y residuos; construcción y equipamientos; formación e investigación y desarrollo) en ocho Estados miembros oscilaron entre 1 400 millones EUR y 2 200 millones EUR.

“Las evaluaciones nacionales de este informe señalan la contratación pública como uno de los sectores más vulnerables a la corrupción, como ilustra también una serie de casos de corrupción de alto nivel en los que están involucrados uno o más países. Dado que el nivel de riesgo de corrupción en el proceso

¹⁶ OCDE. *Integridad en la contratación pública. Buenas Prácticas de la “A” a la “Z”*. Enlace: <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

de contratación pública es bastante alto, las garantías contra la corrupción y el fraude en la contratación pública constituyen una prioridad para los Estados miembros y para las instituciones de la UE.

“Las deficiencias en la prevención y represión de la corrupción en la contratación pública afectan negativamente a la gestión de los fondos nacionales y de la UE.”¹⁷

En Colombia, la Comisión Nacional para la lucha contra la corrupción, en su VI Informe de seguimiento a compromisos anticorrupción señaló las dificultades existentes en materia de contratación derivadas principalmente de la normatividad aplicable.

“No es fácil encontrar una persona que quiera actuar en el marco de la libre competencia, la legalidad y la legitimidad, y que esté conforme con el actual estatuto de contratación colombiano. Es común que al hablar de él se repitan palabras como confuso, enredado o contradictorio. No es para menos. Este ha sido reglamentado o modificado parcialmente por no menos de once decretos desde 1993, y algunos de sus componentes se han desarrollado –no siempre de manera coherente- en otras leyes, por lo que para entender plenamente el tema no basta con conocer el estatuto sino que es preciso remitirse incluso a normas tan disimiles como la Ley de Educación Superior o la Ley de Salud.

“Que las reglas para que el Estado contrate sean confusas, genera el riesgo que a través de grietas y vacíos legales se permitan los sobrecostos en los contratos, el mal manejo de anticipos, los contratos sin soporte presupuestal, el uso injustificado de la figura de la urgencia manifiesta para contratar de manera exprés, la contratación sin estudios previos, las adjudicaciones a dedo disfrazadas de licitaciones competitivas y toda clase de actos de corrupción a los que tristemente parece haberse acostumbrado el país.”¹⁸

Repárese en los comportamientos culposos por parte de servidores que no poseen los recursos jurídicos ni institucionales administrativos para adelantar adecuadamente los procesos de contratación y mucho menos para ejercer la supervisión del contrato, como ocurre en las entidades territoriales de más baja categorización o en las entidades descentralizadas indirectas que parecen no revestir importancia significativa ni siquiera para los órganos de control.

A su vez, la falta de herramientas jurídicas que se adapten al contexto donde se celebra el contrato estatal hace imposible responder a situaciones inesperadas de diferente índole que sin su debida supervisión impiden una respuesta adecuada y oportuna contra (i) maniobras artificiosas o

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*. Bruselas, 3.2. 2014 COM (2014) 38, p. 23. Enlace: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75cd71a1.0004.04/DOC_2&format=PDF

¹⁸ COMISIÓN NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. *La corrupción triunfa en donde la ciudadanía calla. VI Informe de seguimiento a compromisos anticorrupción*. Bogotá, diciembre 2016, p. 24

fraudulentas por parte de oferentes que han sido denunciados e incluso sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio por prácticas contra la libre competencia; (ii) acciones de los contratistas que en muchos casos intentan obtener precios y utilidades mayores a las ofrecidas mediante mecanismos poco transparentes; y, (iii) actuaciones de las propias entidades contratantes que no hacen una adecuada valoración de los riesgos contractuales ni adecuada prevención y control sobre el contrato Estatal lo cual genera detrimentos a los intereses estatales, vulneraciones de los derechos del contratista por imposiciones de sanciones inoperantes, excesivas o innecesaria y afectaciones a la comunidad.

Todas estas dificultades están debidamente documentadas en procesos disciplinarios en los cuales se ha verificado la ocurrencia de faltas disciplinarias o en procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se han comprobado detrimentos patrimoniales; igualmente en procesos penales en los que se ha investigado y sancionado a los responsables de la comisión de hechos punibles relacionados con la celebración indebida de contratos, esto es, la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades; el interés indebido en la celebración de contratos; la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales; y, los acuerdos restrictivos a la competencia en los procesos de licitación, subasta, selección abreviada o concurso; sin perjuicio del concurso de estos hechos punibles con, entre otros, los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de autoridad, asesoramiento y otras actuaciones ilegales, cohecho, concusión, peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo. Así mismo, en procesos en los que se han tramitado acciones populares para proteger la moralidad administrativa o el patrimonio público y en los procesos en los que se han ejercitado acciones relativas a contratos sea ante el juez contencioso administrativo o ante la justicia arbitral.

En este último evento, véase, a manera de ejemplo, el contrato de arrendamiento N° 295 de diciembre 20 de 1994 del Parque Olaya Herrera de Bogotá, suscrito entre el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y la Sociedad Hagamos Deportes y Eventos Ltda., en virtud del cual el bien inmueble objeto del contrato que es un bien de uso público y por lo tanto no es susceptibles de ser arrendado, la administración distrital lo entregó a un particular a título de arrendamiento, lo cual generó la

nulidad absoluta del negocio jurídico, en su integridad, por objeto ilícito, de conformidad con el inciso 1° del art. 44 de la Ley 80 de 1993, que remite a su vez al art. 1741 del C.C.¹⁹

También el contrato de permuta contenido en la Escritura Pública No. 4.656 otorgada el 1 de diciembre de 1989 en la Notaria 9ª del Círculo de Cali, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali y la Cooperativa de Vivienda de los Trabajadores de las Empresas Municipales de Cali y empresas similares “COVIEMCALI Ltda.”, celebrado contra la expresa prohibición legal y constitucional de enajenar bienes de uso público sin que mediara acto de desafectación expedido por el Concejo Municipal, porque los bienes estaban destinados a la satisfacción de necesidades colectivas. Por consiguiente, se configuró en este caso la causal de nulidad absoluta contenida en el inciso 2 del art. 44 de la ley 80 de 1993, sin perjuicio de la nulidad por objeto ilícito en la tradición de cosas que no están en el comercio (arts. 1521 y 1741 del C.C.).²⁰

El Contrato de Comercialización No. C-095-99 celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras el 2 de diciembre de 1999, que el Consejo de Estado consideró que constituía una amenaza para el patrimonio público por lo cual debían tomarse las medidas adecuadas para protegerlo.²¹

El Contrato de Prestación de Servicios No. 045 de 13 de octubre de 1995 celebrado entre el Municipio de Saravena y la firma Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA para la recopilación, selección y evaluación de la información concerniente a la explotación de hidrocarburos y material de arrastre, y las labores tendientes al reconocimiento de regalías e impuestos de transporte de hidrocarburos por oleoducto que eran liquidados, así como el cobro de los impuestos de Industria y Comercio, a favor del Municipio de Saravena, declarado nulo por causa y objeto ilícitos y abuso de poder, en los términos del inciso primero y numeral 3 del artículo 44 y

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 16 de febrero de 2001. Rad. 16596. Actor: Personería de Bogotá.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Rad. 76001-23-31-000-1994-9876-01 (12859). Actor: Luis Mario Duque.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 31 de octubre de 2002. Rad. 52001-23-31-000-2000-1059-01 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yépez. Demandado: Empresa Licorera de Nariño y Otros.

del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con los artículos 1518, 1519 y 1741 del Código Civil.²²

El Contrato de Obra Pública No. 0366-1, celebrado el 14 de diciembre 14 de 1994 entre Jairo Ospina Cano y el Área Metropolitana de Bucaramanga para la construcción, por el sistema de precios unitarios, del puente peatonal de San Antonio de Carrizal, fue declarado nulo con ocasión de la inexistente planeación del contrato por parte de la entidad pública contratante debido a la no adquisición de los predios requeridos donde se pensaba fijar la estructura objeto del contrato.²³

El Contrato de Obra Pública No. 247 del 13 de octubre de 1995 celebrado entre el Departamento de Casanare y la Sociedad Tracto Casanare Limitada, para el diseño y construcción de un puente sobre el caño de Aguazulero y carretable vereda Valle Verde Municipio de Aguazul-Casanare, el cual fue liquidado de manera bilateral en febrero 28 de 1996, sin que mediara ningún comentario y/o reclamación por ninguna de las partes, pero posteriormente fue “adicionado” con los avales del Gobernador de Casanare, el Secretario de Obras Públicas y otros funcionarios de la entidad territorial en cuestión, todo lo cual fue declarado inexistente por el Consejo de Estado en observancia de la imposibilidad de adicionar un contrato ya liquidado y la inobservancia de los requisitos mínimos de celebración de contratos estatales desarrollados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, así como las causales de inexistencia desarrolladas en el inciso 2 del artículo 898 del Código de Comercio incorporados por el inciso 1 artículo 13 a la regulación de la Ley 80 de 1993.²⁴

El Contrato No. 002 de 1997 celebrado entre la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. y el Municipio de Tuluá, el abril 10 de 1997, que tuvo por objeto el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en Tuluá, fue declarado nulo toda vez que se

²² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 23 de marzo de 2011. Rad. 07001-23-31-000-1998-00009-01 (17072). Actor: Oscar Cañas Fajardo. Demandado: Municipio de Saravena.

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Bogotá D.C, abril 24 de 2013.C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01 (15596). Bogotá D.C, febrero 18 de 2010. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

encontró demostrado que ha debido ser de concesión y que por lo mismo debió ser adjudicado en un proceso de selección mediante licitación pública. Sin embargo, la selección del contratista se realizó mediante el procedimiento de contratación directa.²⁵

El Contrato de Prestación de Servicios No. 02-0233-0-97, celebrado entre FERROVÍAS y CARGOPLUS LTDA, en noviembre 13 de 1997, para el seguimiento y registro de todas las operaciones que conformaran el desempeño del modo férreo con el objeto de facilitar y apoyar a la entidad con el manejo de los diversos elementos técnicos, profesionales y los conocimientos necesarios, que le permitieran desarrollar la función que le correspondía de confrontar las informaciones suministradas por los diferentes operadores con la realidad de lo ocurrido a nivel de detalle; así mismo, para la prestación de los servicios profesionales y el apoyo requerido para que, con base en el acopio y clasificación de la información relacionada con la correspondencia entre la situación de la demanda y la oferta real de los servicios de transporte férreo, FERROVÍAS pudiera desarrollar adecuadamente la función que le correspondía de determinar fallas en la prestación de servicios de demanda económicamente viable y/o en zonas no rentables. Este contrato fue declarado nulo por haberse celebrado el contrato contra expresa disposición legal o constitucional y porque fue celebrado con inobservancia de los procesos de selección obligatorios indicados en el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; así mismo, se probó su celebración con desvío o abuso de poder, en la medida que la entidad en cuestión específicamente el presidente de FERROVÍAS, según se probó en investigación realizada por la Fiscalía, favoreció a la empresa CARGOPLUS LTDA. para la obtención del contrato en cuestión.²⁶

Por su parte, con el acuerdo No. 029 proferido el 23 de diciembre de 1996 por el Concejo Municipal de Ubaté, se autorizó al alcalde del municipio de Ubaté para que mediante contrato “arrendara” las instalaciones del nuevo matadero municipal, contrato que se asignó mediante la Resolución No. 1567 A del 22 diciembre de 1997, a la empresa Productora de Carnes Ubaté PCU LTDA. Una vez se produjo cambio de alcalde, se dispuso la terminación unilateral del Contrato por medio del Decreto

²⁵CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado número: 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045). Bogotá D.C. 15 de diciembre 2017 C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00107-01(28010). Bogotá D.C., marzo 22 de 2007. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

No. 058 del 16 de 1998 y se ordenó su liquidación. A su vez, fue declarado nulo toda vez que el contrato fue de arrendamiento cuando ha debido ser de concesión previa la apertura de la Licitación Pública, la cual fue omitida por el funcionario de turno. En esta medida se declaró la nulidad en los términos previstos en el numeral 2 de la Ley 80 de 1993, así como la violación de numeral 8 del artículo 24 de la misma ley.²⁷

Casos semejantes al anterior fueron los referente al Contrato No. 006, celebrado en mayo 29 de 1992, entre con el Municipio de Tunja y José Humberto Hernández Garavito, cuyo objeto fue el arrendamiento de las instalaciones del terminal de transportes de ese Municipio²⁸ o el que se suscribió entre la Sociedad Inversiones Ganaderas del Tolima Ltda. y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del Espinal E.S.P., el 24 de agosto de 2001, con objeto de dar en arrendamiento los mataderos del Espinal y Chicoral por un término de 5 años contados a partir del 1 de octubre de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2006²⁹. Ellos fueron declarados nulos.

Los Contratos Nos. 94-006 y 94-007, celebrados en febrero 9 de 1994, entre el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior –ICETEX y la Sociedad Software Técnico Ltda., los cuales tuvieron como objeto la implementación de Softwares que sirvieran a la entidad en la organización de su sistema contable, así como la capacitación de los funcionarios de dicha entidad para el uso del mencionado sistema, fueron declarados nulos por cuanto la propuesta presentada por el contratista no reunió los elementos mínimos señalados por la entidad contratante en los pliegos de condiciones y aun así fue seleccionada sobre las demás propuestas.³⁰

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939). Bogotá, D.C. marzo 27 de 2014. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 15001-23-31-000-1995-15535-01(Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección 29427). Bogotá D.C., abril 13 de 2015. C. P.: Olga Mérida Valle de De La Hoz.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, C. Radicación número: 73001-23-31-000-2003-00634-01(37566).Bogotá D.C., junio 4 de 2015. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02277-01(29366). Bogotá D.C., mayo 29 de 2014 C.P.: Danilo Rojas Betancourt.

El Contrato de Obra No. 2030, celebrado en diciembre 28 de 1999, entre la Nación-Cámara de Representantes y la empresa Gesta Vivienda Limitada, para el mantenimiento de las zonas de parqueo de los sótanos 1º y 2º del Congreso de la República, específicamente la demarcación y señalización de dichos espacios, el cual fue declarado nulo por el incumplimiento de los requisitos legales previstos en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 2º y 3º del Decreto 855 de 1994, puesto que al momento de su celebración no se exigió la presentación de mínimo 2 ofertas para seleccionar a la contratista, desatendiendo los principios de transparencia y de selección objetiva, requeridos para la celebración de cualquier contrato estatal, todo ello evidenciado en el comportamiento omisivo de la entidad contratante, al no efectuar invitación pública a contratar, no dar información básica de las características generales de los bienes obras y servicios a contratar, y no consultar los precios ni las condiciones del mercado previamente a dar apertura a la invitación pública. El Consejo de Estado encontró demostrado adicionalmente que no se realizaron los estudios previos requeridos para determinar la necesidad de la obra en cuestión y así mismo se obró en interés de favorecer a la señora Consuelo Hernández con la adjudicación del contrato en cuestión, con lo cual hubo abuso o desviación de poder.³¹

El Contrato No. 970 celebrado el 19 de julio de 1999, entre la Nación-Cámara de Representantes y Álvaro Cuartas Coymat, con el objeto de editar y publicar mil (1.000) ejemplares de un libro que incluyera *“los Decretos que expidió el Ejecutivo, proferidos en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República entre los años 1991 a 1999, para el cumplimiento de la función que ejerce la División Jurídica de la H. Cámara de Representantes consagrada en el numeral 2 Artículo 33 de la Resolución MD-”*, el cual fue declarado nulo con observancia al numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida que no debió celebrarse con un contratista privado, sino que por virtud del artículo 5 la Ley 109 de 1994 el Congreso de la Republica tenía la obligación de contratar dicho servicio con la Imprenta Nacional de Colombia.³²

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02240-01(29473). Bogotá D.C. febrero 13 de 2015. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01015-01(28039). Bogotá D.C., abril 9 de 2015. C.P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

El Contrato 312 celebrado en diciembre 30 de 1994, entre el Distrito Capital de Bogotá a través del Instituto de Recreación y Deporte -I.D.R.D. - y el Club Deportivo “La Gaitana”, con el objeto de arrendar el estadio de fútbol “La Gaitana” ubicado en la calle 132-A con carrera 116, sector occidental de la localidad ONCE SUBA, el cual fue declarado nulo por la tipificación incorrecta del contrato por parte de la entidad contratante, toda vez que el contrato, al revestir las características de un bienes de uso público, dado “*su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes*”, carecía de la posibilidad de ser entregado mediante contrato de arrendamiento, al ser un típico contrato de concesión que por lo tanto debía cumplir con el proceso de selección de licitación pública según lo establece el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.³³

El Contrato No. 002 celebrado entre COINVERPRO LTDA. y la Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá el 7 de enero de 1994 y cuyo objeto fue la entrega a título de arrendamiento para el mantenimiento y explotación del bien de uso público denominado “Coliseo el Campin”, el cual fue declarado nulo por cuanto al recaer sobre un bien de uso público imposibilitaba la entrega a título de arrendamiento y debía haberse celebrado como un contrato de concesión, con lo cual se violaron los principios de transparencia y selección objetiva por la omisión del proceso de selección mediante licitación pública, infringiendo de manera expresa el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y recayendo por consiguiente en la causal de nulidad desarrollada en el numeral 2 del artículo 44 de la cita ley, referente a la celebración de un contrato estatal contra expresa disposición legal o constitucional.³⁴

El Contrato IDU-137 de 2007 celebrado entre el IDU y TRANSMILENIO con la Unión Temporal Transvial perteneciente al entonces denominado Grupo Nule, el cual fue adjudicado ilegalmente al término de la Licitación del Grupo 4 IDU-LP-DG022-2007 cumplida en el mes de diciembre de 2007, según sentencia penal de fecha 24 de agosto de 2011, proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Bogotá, dentro del proceso No. 1100160001022011-00283 contra el Sr. Inocencio

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-11978-01(26643). Bogotá D.C., enero 30 de 2013. C.P.: Stella Conto Diaz Del Castillo.

³⁴CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad.: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Bogotá D.C. marzo 18 de 2010.C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

Meléndez quien ejerció ilegalmente sus competencias y funciones para favorecer la adjudicación a un conjunto de personas dueñas de sociedades contratistas. En proceso tramitado ante la justicia arbitral se probó que con dicho Contrato se burló la prohibición general que en materia contractual contiene el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80, relacionada con la imposibilidad de eludir los procedimientos y los demás requisitos establecidos en ese Estatuto, lo cual enmarca dentro de la causal de nulidad absoluta consagrada en el numeral 2° del artículo 44 de la misma Ley 80 que establece que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, y así lo declaró el Tribunal Arbitral mediante Laudo proferido el 13 de diciembre de 2013.

Finalmente, el Contrato de Concesión No. 002 de 2010, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO -hoy Agencia Nacional de Infraestructura - ANI-, y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para la construcción, ampliación, operación y mantenimiento del Sector 2 de la Ruta del Sol, cuya suspensión fue ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como Juez Popular y su terminación fue dispuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio. En este momento está pendiente de resolver la solicitud de nulidad que por objeto y causa ilícita formularon tanto la Agencia Nacional de Infraestructura ANI como por la Procuraduría General de la Nación, pero ya se ha condenado penalmente a varios sujetos como el confeso exviceministro del Transporte y exdirector del INCO Gabriel García Morales, quien aceptó haber recibido una coima para que el contratista presentara su propuesta y luego le fuera adjudicado como lo hizo el Contrato de Concesión o aquellos que actuaron para lavar dichos recursos, sin perjuicio de las coimas pagadas para incorporar al Contrato mediante un Otrosí la transversal Ocaña – Gamarra o celebrar ilícitamente el contrato de estabilidad jurídica para amparar tributariamente al ilícito contrato de Concesión.

5. Alternativas de Solución al Sistema de Contratación Pública en Colombia

La problemática descrita señala la necesidad imperativa de diseñar instrumentos eficientes y oportunos para resolverla, para lo cual será preciso estudiar la adopción y aplicación de varias medidas como las que se presentan a continuación.

5.1. Organizar el Sistema General de Contratación Estatal

La Ley 489 de 1998 creó el Sistema de Desarrollo Administrativo que definió como el conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la gestión y manejo de los recursos humanos, técnicos, materiales, físicos, y financieros de las entidades de la Administración Pública, orientado a fortalecer la capacidad administrativa y el desempeño institucional, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, aplicables en lo pertinente a las entidades autónomas y territoriales y a las sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional.

Las políticas de desarrollo administrativo deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Diagnósticos institucionales;
2. Racionalización de trámites, métodos y procedimientos de trabajo;
3. Ajustes a la organización interna de las entidades, relacionadas con la distribución de competencias de las dependencias o con la supresión, fusión o creación de unidades administrativas fundamentales en la simplificación de los procedimientos identificados y en la racionalización del trabajo;
4. Programas de mejoramiento continuo de las entidades en las áreas de gestión, en particular en las de recursos humanos, financieros, materiales, físicos y tecnológicos, así como el desempeño de las funciones de planeación, organización, dirección y control;
5. Adaptación de nuevos enfoques para mejorar la calidad de los bienes y servicios prestados, metodologías para medir la productividad del trabajo e indicadores de eficiencia y eficacia;
6. Estrategias orientadas a garantizar el carácter operativo de la descentralización administrativa, la participación ciudadana y la coordinación con el nivel territorial;
7. Identificación de actividades obsoletas y de funciones que estén en colisión con otros organismos y entidades, que hubieren sido asignadas al nivel territorial, o que no correspondan al objeto legalmente establecido de las entidades;
8. Estrategias orientadas a fortalecer los sistemas

de información propios de la gestión pública para la toma de decisiones; 9. Evaluación del clima organizacional, de la calidad del proceso de toma de decisiones y de los estímulos e incentivos a los funcionarios o grupos de trabajo; 10. Identificación de los apoyos administrativos orientados a mejorar la atención a los usuarios y a la resolución efectiva y oportuna de sus quejas y reclamos; y, 11. Diseños de mecanismos, procedimientos y soportes administrativos orientados a fortalecer la participación ciudadana en general y de la población usuaria en el proceso de toma de decisiones, en la fiscalización y el óptimo funcionamiento de los servicios.

Esa misma Ley creó el Sistema Nacional de Control Interno, conformado por el conjunto de instituciones, instancias de participación, políticas, normas, procedimientos, recursos, planes, programas, proyectos, metodologías, sistemas de información, y tecnología aplicable, inspirado en los principios constitucionales de la función administrativa cuyo sustento fundamental es el servidor público, el cual tiene por objeto integrar en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas, para que, mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado. Igualmente, la misma Ley creó el Sistema General de Información Administrativa del Sector Público, integrado, entre otros, por los subsistemas de organización institucional, de gestión de recursos humanos, materiales y físicos, y el desarrollo administrativo. El diseño, dirección e implementación del Sistema es responsabilidad del Departamento Administrativo de la Función Pública en coordinación con los organismos competentes en sistemas de información, y de los cuales se levantará una memoria institucional. Los sistemas de información de los organismos y entidades de la Administración Pública deben servir de soporte al cumplimiento de su misión, objetivos y funciones, dar cuenta del desempeño institucional y facilitar la evaluación de la gestión pública a su interior, así como, a la ciudadanía en general.³⁵

Por su parte, el Artículo 43 de la citada Ley 489 de 1998, establece que el Gobierno Nacional podrá organizar sistemas administrativos nacionales con el fin de coordinar las actividades estatales y de los particulares, para lo cual preverá los órganos o entidades a los cuales corresponde desarrollar las actividades de dirección, programación, ejecución y evaluación.

³⁵ ECHEVERRY, Juan Carlos, Director. Departamento Nacional de Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo II, Colombia, Bogotá D.C., 2002 Ed. Giro Editores Ltda. p. 473

De conformidad con lo anterior, es necesario que exista el Sistema de Gestión Contractual de la Administración Pública que puede definirse como el conjunto de políticas, estrategias, metodologías, técnicas y mecanismos de carácter administrativo y organizacional para la planeación y la gestión contractual y el manejo de los recursos técnicos, físicos y financieros de las entidades de la Administración Pública, orientado a fortalecer dicha planeación y gestión contractual de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, aplicables en lo pertinente a las entidades autónomas y territoriales y a las sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional.

Las políticas para la planeación y la gestión contractual deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: 1. Diagnósticos institucionales; 2. Los procesos de estructuración técnica, económica, jurídica, social, ambiental y cultural. 3. Los procesos de selección contractual. 4. Los procesos de evaluación de las ofertas. 5. Los procesos de adjudicación de los Contratos. 6. Los procesos de celebración de los contratos de conformidad con cada una de las tipologías requeridas de acuerdo con los fines y funciones de la entidad pública. 7. La gerencia contractual y los procesos de ejecución contractual. 8. Los procesos de supervisión e interventoría. 9. Los procesos de aseguramiento e indemnidad. 9. Los Programas de mejoramiento continuo. 10. Aplicación de las metodologías para medir la productividad e indicadores de eficiencia y eficacia; 11. Los procesos de terminación y liquidación contractual y en los casos a que haya lugar, la reversión. 12. La utilización de los mecanismos de reclamaciones contractuales.

5.2. La atribución de competencias administrativas de monitoreo y seguimiento integral de la actividad contractual

Unas de las funciones quizás menos estudiadas, pero más importantes son el referente al monitoreo y seguimiento, toda vez que como se ha evidenciado a lo largo del texto al tener el Estado que contratar bienes, servicios y obras para su funcionamiento, requiere mantener una supervisión desde el momento de la celebración del contrato hasta la entrega del bien o servicio contratado, ello en la medida que aun cuando la legislación y los decretos desarrollan el como realizar dicha contratación

no logran de manera efectiva abordar el propósito principal de la contratación, referente al como materializar el objeto del contrato, por lo que es posible vislumbrar un escenario en el cual aun celebrando el contrato con observancia a todos los parámetros determinados en la Ley, no se pueda asegurarse que el contratista entregue de exitosa lo esperado y pactado por la entidad, bien sea por errores en la interpretación del contrato, fallas de diseño, corrupción y/o incumplimientos del contratante o contratistas justificados o injustificados.³⁶

Es por tanto que desde la Ley 80 de 1993 se consagró que los deberes de las entidades públicas no finalizaban con la simple selección del contratista, sino que requiere una gestión apta para que el objeto del contrato se concrete en la realidad, satisfaciendo así realmente el interés general para el cual fue celebrado y fue por ello necesario establecer las denominadas funciones de seguimiento y monitoreo.

5.2.1. Seguimiento

La función de seguimiento no posee una definición clara en el marco legal de la contratación pública lo cual no obsta para que en algunas disposiciones se haga mención tímidamente a qué se refiere esta actividad, por lo que se hace necesario no solo hacer mención a lo establecido en la Ley 80 de 1993 y las demás normativas que la complementan, sino que también es necesario analizar otros campos jurídicos en los que se ha trabajado el tema. En consonancia con lo anterior, se debe señalar que el Decreto 028 de 2008, nos pone como punto de partida lo que se entiende por el seguimiento pero única y exclusivamente en el campo jurídico referente a entidades del orden territorial que ejecuten o administren los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, y en el cual se define:

“Seguimiento. Comprende la evaluación y análisis de los procesos administrativos, institucionales, fiscales, presupuestales, contractuales y sectoriales de las entidades territoriales, las cuales permiten evidenciar y cualificar la existencia de eventos de riesgo que afectan o puedan llegar a afectar la ejecución de los recursos, el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en la prestación de servicios.”

³⁶ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 255

Ahora bien, la función de supervisión o seguimiento en el marco de la contratación tal y como se hizo mención anteriormente no se ha desarrollada adecuadamente, por lo que tal y como según lo señala Gonzalo Suárez Beltrán, en el Estatuto General de la Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993, solo puede evidenciarse dos alusiones al concepto de supervisión que no abundan en determinar o precisar reglas concretas para su efectivo ejercicio por parte de las entidades. “*En este sentido, la Ley 80 de 1993 se limitó a recoger el tema desde la perspectiva de que la entidad estatal tendrá ‘la dirección general y responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato’ (art.14 n.1) acompañado tal precepto del deber del ordenador del gasto, de ‘vigilar’ la actividad contractual (art.26 n.1), expresando a ese respecto que tal tarea es expresión del principio de responsabilidad*”³⁷, por lo que salvo estas dos menciones, precisa, el Estatuto guarda silencio respecto de lo que es el seguimiento.

Sin embargo, con la promulgación del Estatuto anticorrupción contenido en la Ley 1474 de 2011, se trató de corregir esta falencia y se profundizó más en el tema, por lo que actualmente encontramos que en su artículo 83 se regula el objetivo de la función, el cual está encaminado a proteger la moralidad pública, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual, para lo cual se determina que las entidades públicas están obligadas a “*vigilar*” de manera permanente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda, ello con observancia y cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 209 de la Constitución, referente lo que se entiende por función pública.³⁸

Esta función requiere que la entidad se mantenga en la búsqueda de desperfectos o señales de alerta que evidencie en el campo de la contratación, manteniendo una supervisión sobre los aspectos técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre los que se apoya el contrato; vale aclarar que esta función es ejercida por la misma entidad estatal a lo largo del contrato por lo que aun con la concurrencia de otras entidades o terceros actores en la supervisión o seguimiento del contrato la

³⁷ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 256 y 257

³⁸ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 258.

entidad no puede nunca desprenderse o delegar integralmente en otra persona pública o privada la gestión cuando menos mínima del contrato.³⁹

Ahora bien, estas funciones se deben ejercer en los distintos campos del contrato estatal, esto es, jurídico, financiero, contable, administrativo y técnico, todos ellos necesarios para mantener la adecuada gestión del contrato y evitar despropósitos en su ejecución. Sin embargo, actualmente no se encuentran regulados en detalle por lo que no es del todo claro cuáles actividades concretan el ejercicio de esta función y cuáles no.

Ahora bien, según lo señala Gonzalo Suarez Beltrán la función de seguimiento en estos campos podría configurarse de la siguiente manera:

Funciones de Seguimiento en el Campo Jurídico

1. *“Previa suscripción del contrato, revisar integralmente el contrato y sus anexos.*
2. *Constatar la existencia y veracidad de los permisos o licencias exigidos al contratista.*
3. *Proyectar las decisiones (de oficios, trámite, conminatorios, sancionatorios, etc.) que puedan tener lugar durante la ejecución del contrato.”⁴⁰*

Funciones de Seguimiento en el Campo Financiero y Contable

1. *“Aprobación oportuna de las facturas o documento equivalente presentado por el contratista para la cancelación de sus honorarios o valor del contrato, y en todo caso de manera oportuna respecto al cierre contable mensual o anual.*
2. *Cerciorarse de diligenciar y suscribir formato de cumplimiento de requisitos del pago.*
3. *Tramitar y solicitar la cancelación de los pagos parciales o totales del valor del contrato, previo recibo a satisfacción de los bienes, servicios u obras, según corresponda.”⁴¹*

³⁹ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 256.

⁴⁰ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 262.

⁴¹ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp.

Funciones de Seguimiento en el Campo Administrativo del contrato

1. *“Verificar, previo al inicio del contrato que las garantías exigidas por la entidad se encuentran expedidas y debidamente aprobadas.*
2. *Proyectar y suscribir el acta de inicio y todas las demás que se requieran para el inicio el cumplimiento del objeto contractual.*
3. *Llevar el expediente contractual.*
4. *Proponer ante las instancias respectivas de la entidad las medidas que estime necesarias y pertinentes, en orden de garantizar el cabal cumplimiento del objeto contratado.”⁴²*

Funciones de Seguimiento en el Campo Técnico del Contrato

1. *“Revisar documentos y antecedentes del contrato suscrito (necesidad, solicitud, termino de referencia, anexos, etc.), con el propósito de ejercer “vigilancia” idónea.*
2. *Verificar las condiciones técnicas del bien, obra o servicio contratado, cumplan con los requisitos establecidos por la entidad y con el ofrecimiento formulado, según sea el caso.”⁴³*

5.2.2. Monitoreo

Esta función no ha sido trabajada en el campo de la contratación por lo que menciones en específico de este tópico no se encuentran consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993, así como en las leyes y decretos que la complementan. No obstante, en el ordenamiento colombiano sí ha sido trabajada por lo que podemos encontrar definiciones en otras disciplinas tales como el Decreto 028 de 2008, *“Por medio del cual se define la Estrategia de Monitoreo, Seguimiento y Control Integral al Gasto que se Realice con Recursos del Sistema*

262.

⁴² SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 260 y 261

⁴³ SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios De Derecho Contractual Público*, primera edición, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. pp. 259.

General de Participaciones”, el cual, en su artículo 3, numeral 1, define lo que se entiende por la actividad o función de monitoreo en este campo en específico, a saber:

“Monitoreo. Comprende la recopilación sistemática de información, su consolidación, análisis y verificación, para el cálculo de indicadores específicos y estratégicos de cada sector, que permitan identificar acciones u omisiones por parte de las entidades territoriales que puedan poner en riesgo la adecuada utilización de los recursos del Sistema General de Participaciones.”

De este decreto se extrae que tanto la función de monitoreo como la de seguimiento anteriormente mencionada, pueden y deben ser realizadas de manera conjunta, con el objetivo de que mediante el ejercicio de estas funciones se realicen los correctivos necesarios, con el propósito de asegurar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios en este caso en específico son adquiridos con los recursos provenientes del Sistema General de Regalía, conforme a lo previsto en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y las normas legales que los desarrollan.

Ahora bien, estas funciones actualmente no se encuentran adecuadamente desarrolladas en el campo de la contratación tal y como se evidenció anteriormente por lo que, para efecto del ejercicio de estas funciones, se considera necesario definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral a la gestión contractual que desarrollan todas las entidades que integran la administración pública en todos los órdenes y niveles – esto es, nacional y territorial- la cual se debe aplicar en concordancia con los artículos 209 y 287 de la Constitución Política.

Para su aplicación y cumplimiento, se deben definir en la ley los eventos en los cuales esté en riesgo la contratación estatal y con ella la provisión de bienes o la prestación adecuada de los servicios públicos, las medidas que las autoridades pueden adoptar para evitar tales situaciones y la determinación efectiva de los correctivos necesarios, con el propósito de asegurar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los bienes y servicios mediante la utilización del mencionado instrumento, conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 150 y el artículo 352 de la Constitución Política y las normas legales que los desarrollan. En consecuencia, esta estrategia debe formar parte de la operación del Sistema General de Contratación Estatal.

5.3. La atribución de competencias administrativas de inspección, vigilancia y control

Como se analizó previamente, el modelo contractual del Estado Colombiano adoptado a partir de la Constitución Política de 1991 y la Ley 80 de 1993, es un modelo colaborativo que interioriza importantes cambios a la hora de entender la actividad estatal y el derecho contractual como un instrumento de ejecución de las políticas públicas y de la inversión pública, del gasto social o de los gastos ordinarios de inversión y funcionamiento. Nos encontramos en un sistema que se configura normativamente con reglas tanto de derecho privado como de derecho público, a tal punto que se exige del particular el cumplimiento de una serie de deberes y cargas que sobrepasan su actividad individual y le dan el estándar de colaborador del Estado generando que deba apartarse en algunos casos de un interés propio y particular y concentrarse en velar por el interés general encausado por los fines de la organización estatal⁴⁴, lo que provoca un “desdoblamiento”, si se quiere, en el cual el contratista debe poder atender su propio interés tal y como lo haría “*un buen hombre de negocios*” y a la vez, participar en la celebración y ejecución del contrato conforme al interés común, al interés general o al interés público que será su guía y su limitante, aun cuando riña con sus propios intereses.

También es pertinente señalar que los particulares que participan en la contratación del Estado se encuentran habituados a un sistema en el que existe una relación de igualdad con su contraparte y en la que se respeta el principio de *pacta sunt servanda* establecida en el artículo 1602 del Código Civil principios los dos que en la contratación no son absolutos en virtud de las potestades excepcionales del derecho común y que tal como señala la jurisprudencia del Consejo de Estado “no pueden ser interpretados de manera absoluta dado que tienen limitaciones en razón de orden público e interés general⁴⁵”, por lo que actualmente el particular que contrata con el Estado se encuentra en posición de debilidad manifiesta con respecto al contratante y por consiguiente queda sometido al querer de la entidad que si bien debe velar por el interés general, no deja de ser una parte del contrato y se encuentra parcializada al momento de ejercer una eventual función de control.

⁴⁴ BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal*, segunda edición, Colombia, Bogotá D.C., 2004, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 33.

⁴⁵ BENAVIDES, José Luis, *el Contrato Estatal entre e derecho público y el derecho privado, Segunda Edición, Bogotá D.C., 2004*, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 339.

En esta medida, también, se deben poner en movimiento una serie de mecanismos de control que tradicionalmente se han venido configurado e implementando en Colombia, para atender el control de todo el proceso contractual del Estado, de los recursos públicos que lo acompañan y de los principios, funciones, intereses y derechos colectivos que entran en juego.

En efecto, siguiendo una amplia tradición, en Colombia se prevén una serie de órganos y funciones para el ejercicio de funciones de control como, a manera de ejemplo, las siguientes: (i) El control de tutela que se ejerce por una entidad pública sobre aquellas que le están adscritas o vinculadas con el objeto de velar por el cumplimiento de las funciones públicas conforme a la misión y objetivos de cada una de ellas. (ii) El control jerárquico que se ejerce sobre las decisiones de los funcionarios de inferior categoría con fin de revisarlas en sede administrativa. (iii) El control disciplinario, que ejercen la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales y municipales y las oficinas de control interno disciplinario respecto de quienes cumplan funciones públicas, entre ellas las relacionadas con la gestión contractual. El Ministerio Público tiene la competencia constitucional para participar activamente en las actuaciones administrativas entre ellas las relacionadas con la planeación y la gestión contractual tal y como se evidencia en el numeral 7 del Artículo 277 de la Constitución Política, pero curiosamente la ley se lo impide lo cual termina con un control de ministerio público inoperante. (iv) El control fiscal, que ejercen la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales respecto de los sujetos que realicen gestión fiscal entendida como toda actividad relacionadas con la percepción, recibo, administración, disposición de recursos y bienes de origen público, lo cual incluye la gestión contractual. (v) La inspección, vigilancia y control como expresión de la función de policía administrativa encaminada a garantizar el mantenimiento, conservación y restablecimiento del orden público en las actividades que guardan relación con el tráfico jurídico. Sin embargo, no hay ninguna entidad pública que actualmente ejerza esta clase de funciones en relación con la gestión contractual en general, salvo las que corresponde cumplir a autoridades de inspección, vigilancia y control sobre algunas entidades públicas y por ello comprende la gestión contractual, v.gr. las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la gestión contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos o las funciones del Ministerio de Educación sobre las universidades oficiales las cuales conllevan el ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control sobre la gestión contractual de las entidades a aquellas sometidas. Así mismo, muchas de las funciones de

inspección, vigilancia y control a cargo de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos y agencias de naturaleza especial, se ejercen en la misma forma y para los mismos fines que se ejerce la función disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación, de tal manera que en veces por una misma conducta de una persona que cumple funciones públicas, se adelanta un proceso sancionatorio por parte del órgano que ejerce funciones de policía administrativa y al mismo tiempo un proceso disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, sólo que el primero se tramita conforme a las reglas especiales que regulan los procesos administrativos sancionatorios y el segundo se tramita conforme al Código Único Disciplinario, sin que haya materialmente una diferenciación en uno y otro procesos, aunque se trata de asuntos y materias diferentes y por lo mismo no pueden surtirse simultáneamente dos procesos con la misma finalidad. Repárese a manera de ejemplo, los procesos sancionatorios que adelanta el Ministerio de Educación respecto de los funcionarios de las universidades oficiales y los procesos disciplinarios que con el mismo propósito y por las mismas conductas adelanta la Procuraduría General de la Nación.⁴⁶ Lo propio sucede, también a manera de ejemplo, en los procesos sancionatorios que adelantan las superintendencias y los procesos disciplinarios que adelanta la Procuraduría General de la Nación. (vi) Las funciones de investigación criminal frente a la presunta existencia de un hecho punible relacionado con la actividad contractual que adelanta la Fiscalía General de la Nación para con base en ella, si hay lugar, formular las respectivas acusaciones ante los jueces penales.

No obstante la existencia de esta clase de medios e instrumentos de control e investigación, en muchas oportunidades se termina desatendiendo de una u otra forma el problema de mayor importancia, la gestión contractual, de la cual se deriva el problema real del sistema de contratación Estatal, lo que implica que aun con un número importante de entidades de carácter reactivo se sigan manteniendo y en algunos casos agudizando los problemas contractuales, que van desde la inoperancia administrativa por parte de las entidades a las que se les ordena mantener la gestión de su contratación, hasta el último escollo esto es, no obtener lo contratado, debido a su falta de capacidad económica y técnica en el ejercicio de sus controles y su inoperancia general en la supervisión del contrato, lo que hace que esta función se vuelva vulnerable en el sistema.

⁴⁶ Mutis Vanegas, Andrés y Quintero Muñera, Andrés, *La Contratación Estatal: análisis y perspectivas*, colección de profesores número 28, primera edición, Bogotá D.C., Colombia, 2000, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, pp. 380 y 384.

Por su parte, resulta inadecuado pensar que, en la práctica, toda entidad pública posea los elementos requeridos para gestionar la contratación pública en debida forma, más aún cuando su misión o finalidad está orientada a otros propósitos y la gestión contractual solo es un instrumento o herramienta de apoyo para el cumplimiento de la dicha finalidad, razón por la cual no forma parte de las actividades de las áreas misionales, sino de las áreas de apoyo a la gestión de la misión. En esta medida, los agentes del Estado mantienen una lucha permanente por saber cuál contrato es el adecuado, como planificarlo, mantenerlo y evitar actos de corrupción o sobre costos que a la larga se puedan generar.⁴⁷

La ley parte de la base equivocada que las entidades públicas son expertas en la planeación y la gestión contractual, escenario que en la práctica no corresponde a la realidad, más aún si se tiene en cuenta la carencia de presupuesto y de talento humano o capital intelectual, especialmente en entidades de baja o relativa importancia como sucede con la gran mayoría de las entidades territoriales y las entidades descentralizadas indirectas.

Así, por ejemplo, José Luis Benavides señala que *“las entidades se ven con mayor frecuencia obligadas a buscar colaboración del sector privado por motivos tanto económicos como técnicos”*⁴⁸ y señala, además, que en la celebración de contratos para la construcción de obra o compra de bienes y servicios se les dificulta especialmente mantener una adecuada gestión por sí misma, toda vez, que en los *“aspectos técnicos, la complejidad es creciente y comprende cada vez mayor especialización de los servicios, las técnicas nuevas, la renovación de equipos, la formación mas exigente de sus operarios”*,⁴⁹ aspectos que las entidades no pueden soportar y por consiguiente deben contratar, para gestionar indirectamente su contrato.

⁴⁷ECHEVERRY, Juan Carlos, director. Departamento Nacional De Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo I, Colombia, Bogotá D.C, 2002 Ed. Giro Editores Ltda., pp. 25 y 26

⁴⁸ BENAVIDES, José Luis, *el Contrato Estatal entre e derecho público y el derecho privado, Segunda Edición, Bogotá D.C., 2004*, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 30

⁴⁹ BENAVIDES, José Luis, *el Contrato Estatal entre e derecho público y el derecho privado, Segunda Edición, Bogotá D.C., 2004*, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 31

A su turno, las investigaciones de los órganos de control son ex post y generan grandes prevenciones entre los funcionarios que no encuentran en ellos un acompañamiento ni una solución, sino un juzgamiento desde el mejor lugar posible: el final, cuando es fácil pensar lo que se ha debido hacer y no se hizo.

Por consiguiente, hoy encontramos a un servidor público que se encuentra con un universo jurídico de continua mutación⁵⁰ donde no hay auxilio institucional en los momentos claves para la planeación y la estructuración del contrato, la selección del contratista y aun durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato y temeroso de actuar por lo que pueda sucederle enfrentada su actuación o decisión ante un organismo de control o de investigación administrativa o criminal.

En esta medida los controles antes reseñados no poseen la órbita competencial de la gestión contractual y allí es donde se funda en buena parte la propuesta del presente trabajo.

Sin inmiscuirse en las funciones de control fiscal o de Ministerio Público que según la Constitución Política le corresponde ejercer de manera exclusiva, en su orden, a los órganos de fiscal y de ministerio público en ella previstos, la ley sí puede profundizar en las funciones de policía administrativa relacionadas el seguimiento, la inspección, vigilancia y control de la planeación y la gestión contractual que cumplen todas las entidades que integran la administración pública e inclusive la que desarrollan las entidades privadas con los recursos de origen público que administran.

Para ello es menester revisar aquí de dónde derivan estas funciones con el objeto de entender el camino que se pretende seguir para la protección de este nuevo valor jurídico denominado planeación y gestión contractual.

En primer lugar, son órganos de control que ejercen funciones de policía administrativa en el orden nacional: La Presidencia de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las

⁵⁰ BENAVIDES, José Luis, *el Contrato Estatal entre e derecho público y el derecho privado, Segunda Edición, Bogotá D.C., 2004*, Ed. Universidad Externado de Colombia. p. 37

Superintendencias, algunas Unidades Administrativas Especiales, algunos Establecimientos Públicos y algunas Agencias de naturaleza especial.

Tal y como lo enseña el derecho público, “El poder de policía es el conjunto de acciones concretas, de orden material, de que disponen las autoridades para mantener el orden público y controlar los comportamientos que en la sociedad se dirijan a alterarlo. Es pues un poder material, sin perjuicio de su carácter reglado, como consecuencia de la sumisión de las autoridades a la ley en todo Estado de Derecho (art. 6o. C.N.)”⁵¹

En sentido estricto, dijo la Corte en la citada Sentencia que, la expresión poder de policía se refiere, tal como lo hace el artículo 213 de la Constitución Política, a las actividades de las autoridades orientadas al mantenimiento del orden público. O lo que es lo mismo, el poder de policía es una de las manifestaciones asociadas al vocablo policía, que se caracteriza por su naturaleza puramente normativa, y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal,⁵² y con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, moralidad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen.⁵³

En sentido genérico, la doctrina y la jurisprudencia, de origen francés, han usado la expresión poder de policía para referirse a todas las actividades relacionadas con las actuaciones administrativas de limitación de los derechos de los particulares, mediante ciertos actos administrativos de regulación, orientados a disponer por razones de ejecución, las funciones de los servidores públicos de inspección, vigilancia y control de determinados servicios públicos o actividades de interés público.

En todo caso, dicha expresión se enmarca dentro del concepto genérico de policía administrativa. La doctrina y la jurisprudencia colombiana contemplan diversas acepciones de la noción de policía, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994, de las cuales

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-557 de 1992, Bogotá D.C., Octubre 15 de 1992 magistrados CIRO ANGARITA BARON Y ALEJANDRO MARTINEZ.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de abril 21 de 1982.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-366 del 14 de agosto de 1996, Bogotá, D.C., agosto 14 de 1996. M.P. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ.

son relevantes para los efectos de este estudio, las que guardan relación con las formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público, esto es, el poder, la función y la actividad de policía administrativa y las que se refieren a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad, esto es, las autoridades administrativas de policía.⁵⁴

De allí surge lo que la doctrina y la jurisprudencia han conocido como la policía administrativa, que en términos generales, se define como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que los particulares ajusten sus actividades a un fin de utilidad pública con el objeto de lograr de esa manera la preservación del orden público, entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos en general y que en el Estado Social de Derecho, es un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual, el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos, los cuales constituyen entonces el fundamento y el límite de tal poder de policía.

En las autoridades administrativas de policía, la Constitución Política y con sujeción a ella, la ley, radican los poderes de policía administrativa que de acuerdo con lo indicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, están sometidos al principio de legalidad puesto que afectan libertades y derechos; encuentran su limitación allí donde comienzan las relaciones estrictamente privadas; las medidas sólo deben ser las necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público, por lo que la adopción del remedio más enérgico -de entre los varios posibles-, ha de ser siempre la *última ratio* de la policía, lo cual demuestra que la actividad policial en general está regida por el principio de necesidad; igualmente, tales medidas de policía deben ser *proporcionales* y *razonables* en atención a las circunstancias y al fin perseguido, por lo cual debe entonces evitarse todo exceso innecesario; la extensión de tales poderes está en proporción inversa al valor constitucional de las libertades afectadas y se ejercen para preservar el orden público en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos y no para la supresión absoluta de los mismos; el ejercicio del poder de policía no puede traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población, puesto que todas las personas deben recibir “la misma protección y

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-024 de 1994, Bogotá, enero 27 de 1994 M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

trato de las autoridades” (CP 13); y, finalmente, la policía debe obrar contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejercite legalmente sus derechos.

La policía administrativa está entonces ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público. Pero esa limitación toma diversas formas: de un lado, en tanto es poder de policía, se ejerce mediante la expedición de regulaciones generales, lo cual significa que es normativo y, en tanto es función de policía, es reglada y se halla supeditada al poder de policía, para el ejercicio de competencias concretas atribuidas a las autoridades de policía administrativa, entre las cuales se hallan las de inspección, vigilancia y control.

La Constitución Política establece que la regulación de los derechos y las libertades está en cabeza del legislador mientras que el mantenimiento del orden público es responsabilidad y está bajo la unidad de mando de la suprema autoridad administrativa y de sus agentes. Ello significa que, por regla general, únicamente el legislador –ordinario, extraordinario o excepcional- puede establecer límites y regulaciones a las libertades y derechos, de lo cual se infiere que el legislador ejerce el poder de policía puesto que sólo él puede, dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución Política, regular y limitar los derechos y libertades. En subsidio y de manera excepcional, las autoridades administrativas con facultad para expedir actos administrativos normativos de carácter general, en los casos que expresamente lo determina la Constitución Política o con sujeción a ella, lo autorice la Ley, ostentan también el poder de policía. Tal es el caso de las autoridades administrativas con facultades de regulación y/o reglamentación. En consecuencia, esta facultad que permite limitar en general el ámbito de las libertades públicas en su relación con estos términos, generalmente se encuentra en cabeza del legislador, en donde es pleno, extenso y preciso, obviamente ajustado a la Constitución Política y, excepcionalmente, también en los términos de la Carta está radicado en autoridades administrativas a las cuales se les asigna un poder de policía subsidiario o residual como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley.⁵⁵

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-366 del 14 de agosto de 1996, Bogotá, D.C., agosto 14 de 1996. M.P. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ.

A su vez, la función de policía en el orden nacional es exclusiva de la suprema autoridad administrativa o de sus agentes, estándole entonces vedado al legislador ejercer este tipo de competencias. Igualmente, en el orden territorial, las corporaciones administrativas de elección popular carecen de la función de policía, pues ella está atribuida a las autoridades ejecutivas unipersonales que sí gozan de ella, esto es, los gobernadores y los alcaldes. De lo cual se concluye que la función de policía implica la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario y mediante el ejercicio del poder de policía a las autoridades administrativas de policía; en últimas, esta es la gestión administrativa en la que se concreta el poder de policía y debe ser ejercida dentro de los marcos generales impuestos por la ley en el orden nacional. Su ejercicio compete exclusivamente al Presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Carta, y en las entidades territoriales a los gobernadores y los alcaldes quienes ejercen la función de policía (arts. 303 y 315-2 C.P.), dentro del marco constitucional, legal y reglamentario.⁵⁶

Así, en el ejercicio del poder de policía y a través de la ley y del reglamento superior se delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se establecen las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía.⁵⁷

En conclusión, la función de policía administrativa es monopolio de los órganos de carácter ejecutivo y en los distintos órdenes o niveles de la administración, existiendo para tal efecto una unidad de mando en cabeza de la suprema autoridad administrativa, cuyo poder sobre gobernadores y alcaldes, en sus calidades de agentes del Estado, así como de aquellos sobre éstos, tiene una clara consagración constitucional (C.P., art. 296).

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-366 del 14 de agosto de 1996, Bogotá, D.C., agosto 14 de 1996. M.P. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-366 del 14 de agosto de 1996, Bogotá, D.C., agosto 14 de 1996. M.P. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ.

De las potestades ordinarias de policía administrativa relacionadas con el mantenimiento, conservación y restablecimiento del orden público, surgen las funciones de inspección, vigilancia y control que tienen por objeto prevenir y garantizar el mantenimiento de dicho orden público e impedir su alteración o sancionar a los responsables si tal alteración se produjere. Por ello, la Constitución Política, además de lo previsto en el artículo 189-4, le atribuye al Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley (189-21); ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (189-22); ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, así como sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (189-24); ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores (189-26); ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (370); y, ejercer la inspección, vigilancia y control del Banco de la República en los términos que señale la ley (372 inciso final).

Tales funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control pueden ser delegadas en los términos del artículo 211 de la Constitución, previa autorización legal, en los ministros, los directores de departamentos administrativos, superintendentes, gobernadores, alcaldes y otros agentes estatales, como en efecto se ha hecho y por lo cual, estos funcionarios actúan a través de las entidades que dirigen. En todo caso, tales funciones son expresión de la función de policía administrativa.

La Ley también puede atribuirle funciones de inspección, vigilancia y control a los ministerios, a los departamentos administrativos, a las superintendencias, a las unidades administrativas especiales, a los establecimientos públicos y a las agencias de naturaleza especial, como en efecto lo ha hecho y por lo cual, estas entidades actúan a través de los funcionarios que las dirigen.

A su vez, con motivo del ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, se puede ejercer la potestad sancionadora de la administración, la cual, según lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994, se traduce normalmente en la sanción

correctiva y disciplinaria para ordinariamente reprimir las acciones u omisiones antijurídicas que alteren o amenacen alterar el orden público y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. Sobre el particular dijo entonces la Corte Constitucional que:

“La doctrina administrativa tradicional ha considerado la potestad sancionadora de la administración como una expresión del poder de policía, en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para hacer cumplir la medida de policía.

“Eduardo García de Enterría⁵⁸ no reconoce en el concepto de poder de policía, la fuente de la potestad sancionadora de la administración y acude, en su reemplazo, a la noción de ‘capacidad ordenadora de las actividades privadas’, como facultad propia de la administración legitimadora del poder para imponer sanciones. Se expresa así el citado tratadista:

‘La actividad administrativa de policía se caracterizaría por ser una actividad de limitación de derechos de ciudadanos, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad, y tal actividad se expresaría en formas típicas, las más peculiares de las cuales serían órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones’.

‘Esa doctrina que tuvo que ser apuntada con la distinción entre policía general, o de orden público, y policías especiales, ha sido abandonada y la policía se ha reducido en la actual doctrina alemana a su función específica referida al orden público. Se habla ahora, como concepto general para la actividad interventora de la administración de **Administración ordenadora**, no en el sentido del orden público, sino en el genérico de la ordenación de las actividades privadas, concepto que se contrapone a administración prestacional, que realiza servicios o prestaciones en favor de los administrados’.

“La potestad sancionadora reconocida a la administración asume dos modalidades: la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). La naturaleza jurídica de dicha potestad es sin duda administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal.

“La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal: ‘en ésta se protege el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente. La potestad sancionadora de la administración sería, por el contrario, una potestad doméstica, en el sentido de volcada a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efecto sólo de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto’.”

“Lo expresado permite concluir que la potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios

⁵⁸ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, T.II, p. 96.

y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”.⁵⁹

En consecuencia, dice la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que, no obstante, ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.⁶⁰

Esta es, en definitiva, la policía administrativa, con todas sus expresiones o manifestaciones, entre las cuales se halla el poder de policía y la función de policía administrativa. Esta última incluye las funciones que al mismo tiempo constituyen un servicio público de inspección, vigilancia y control, las cuales son distintas de las funciones de vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración pública.

Las facultades de inspección, vigilancia y control del Estado que se ejercen como expresión de la función de policía administrativa y que al mismo tiempo constituyen un servicio público a cargo del Estado, le garantiza a los sujetos privados o a las entidades públicas que obran conforme a las reglas de los particulares y respecto de los cuales –unos y otros- se ejercen tales facultades, que su actividad como la de los demás agentes prestadores de otros servicios públicos o actividades de interés general se cumple con estricta sujeción a los fines constitucionales y los mandatos legales, que su ejercicio es diligente y eficiente y que en verdad se hacen efectivos los derechos de las personas. Ello significa que los beneficiarios directos de la actividad que despliega el Estado son los sujetos mismos que son vigilados por éste.

⁵⁹ García de Enterría, ob. cit., p. 148

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-597 1996, Bogotá, noviembre 6 de 1996.M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Las funciones de inspección, vigilancia y control como expresión de la función de policía administrativa tienen a sus titulares en funcionarios o entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Se trata de tres funciones, distintas cada una, pero complementarias unas de otras. Los artículos 150-8, 189-21-22-24-26, 370 y 372 de la Constitución Política son las normas en las que se fundamenta su existencia.

En efecto, la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa ejercer dichas funciones respecto de las siguientes personas y actividades:

ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

(...)

26. Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

(...)

ARTICULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley (...) ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

(...)

ARTICULO 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central

(...).

ARTICULO 372. (...)

El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley.”

Tales funciones de inspección, vigilancia y control deben ser ejercidas directamente por el Presidente de la República o por la autoridad en la que él delegue. En efecto, el artículo 211 de la Constitución Política autoriza al Presidente de la República para delegar las funciones que la ley señale en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.

En todo caso, cualquiera que sea la autoridad administrativa que ejerza tales funciones, ellas deben cumplirse con sujeción a las normas de carácter ordinario que dicte el legislador. En efecto, el artículo 150 de la Constitución Política señala que:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

(...)”.

Por regla general, una misma ley autoriza al Presidente de la República para delegar las funciones de inspección, vigilancia y control en una determinada autoridad, a la vez que señala las normas a las cuales ésta debe sujetarse para el ejercicio de tales funciones.

La Constitución Política y la ley han creado en la Estructura Organizacional colombiana una clase o categoría especial de entidades públicas encargadas de cumplir las funciones administrativas –como expresión de la función y de la actividad de policía administrativas- de inspección, vigilancia y control que les delegue el Presidente de la República o las que directamente la ley les atribuya.

Esa categoría de entidades está constituida por el conjunto de Superintendencias, cuya existencia en el derecho público colombiano data desde 1923, año en el cual se creó la Superintendencia Bancaria.

Posteriormente se crearon, en su orden, la Superintendencia de Sociedades (1931); la Superintendencia de Cambios (1931, inicialmente con el nombre de Prefectura de Control de Cambios); la Superintendencia de Notariado y Registro (1959); la Superintendencia de Industria y Comercio (1968); la Superintendencia Nacional de Salud (1977, antes denominada Superintendencia de Seguros de Salud); la Superintendencia de Subsidio Familiar (1981); la Superintendencia de Puertos y Transportes (1991, antes denominada Superintendencia General de Puertos); la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (1991, según lo previsto en el Art. 370 de la Constitución Política y organizada legalmente a partir de 1994); la Superintendencia de Valores (1991, según lo previsto en el Art. 52 T de la Constitución Política que dispuso la conversión de la Comisión Nacional de Valores que había sido creada en 1979); la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada (1993); y, la Superintendencia de Economía Solidaria (1998).

La misión, objetivos, finalidad, funciones y estructura de cada Superintendencia se sujeta, en cada caso, a la ley que las crea, la cual define el alcance y contenido de las funciones de inspección, vigilancia y control para efectos de su ejercicio, según la actividad y los sujetos a inspeccionar, vigilar y controlar, todo conforme lo ordena hoy el numeral 8 del artículo 150 de la Constitución Política.

Según el conjunto de normas hasta ahora expedidas para el ejercicio de tales funciones, no existe uniformidad en el derecho público colombiano acerca del tratamiento normativo sobre el contenido y alcance de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del Presidente de la República o de las Superintendencias cuando quiera que tales funciones han sido delegadas por aquel en los Superintendentes para que las cumplan a través de estas entidades.

Sólo la Ley 222 que se relaciona con las funciones de la Superintendencia de Sociedades, define lo que se entiende por cada una de las funciones de inspección, vigilancia y control, al tiempo que señala las actividades que esa entidad puede y debe cumplir en ejercicio de cada una de ellas.

En todo caso, del recorrido normativo –constitucional y legal anteriormente descrito- pueden inferirse las siguientes conclusiones generales:

1. En desarrollo de la función y de la actividad administrativas, la Constitución Política colombiana establece tres funciones resultantes de tres actividades distintas -cada una diferenciada de las otras-, a saber: inspeccionar, vigilar y controlar.

2. Se trata de tres especies de funciones distintas, aunque todas ellas pertenezcan a un mismo género: La función y actividad de policía administrativa. No son idénticas o iguales, puesto que en materia de atribución de funciones públicas la Constitución Política, como Carta Fundamental, no abunda en reiteraciones y mucho menos en duplicidades.

3. En tal virtud, la ley las distingue, como en el caso del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 222 de 1995 y el Decreto 186 de 2004, para el ejercicio de las funciones atribuidas a la Superintendencia Financiera, a la Superintendencia de Sociedades y a la Superintendencia de la Economía Solidaria, respectivamente, pero en los casos en los cuales no lo hace, como sucede con las demás normas que regulan las funciones de las otras Superintendencias, de la enumeración de sus funciones, corresponde al intérprete -sea académico o judicial- inferir cuáles de ellas son de inspección, cuáles son de vigilancia y cuáles son de control.

4. Son funciones de inspección todas las relacionadas con la solicitud de informes, su análisis y revisión. Tales funciones de inspección se ejercen de manera ocasional y pueden coincidir o no -en el tiempo- con las funciones de vigilancia.

5. Por su parte, son funciones de vigilancia todas las relacionadas con la autorización o reconocimiento tanto de la persona jurídica o como de la actividad o actividades que se vayan a desarrollar y las que cumple la autoridad de manera permanente para verificar que tanto la persona como la actividad o actividades se sometan al ordenamiento jurídico; se sujeten íntegramente al interés general, al interés social, al interés público y al bien común; y, respeten los derechos de los demás, sean ellos individuales o colectivos, así como todas aquellas que sean necesarias para prevenir la vulneración de dicho ordenamiento o la lesión de tales intereses generales o particulares.

6. Por tal razón, las funciones de vigilancia –objetiva, esto es, aquellas que recaen sobre una determinada actividad, v.g., la actividad financiera, la actividad aseguradora, la actividad

cooperativa, etc.- se ejercen de manera permanente, a partir del momento en que se autoriza la realización de tal actividad –si ésta requiere previa autorización o permiso- y hasta el momento en que ella culmina. Las funciones de vigilancia –objetiva, esto es, aquellas que recaen sobre la persona o personas que realizan la actividad, v.gr. las entidades financieras, las entidades aseguradoras, las entidades cooperativas, las sociedades, etc. - se ejercen también de manera permanente, a partir del momento en que se reconoce a la persona jurídica y hasta el momento en que ella se liquida, luego de que se decreta su disolución o supresión.

7. Finalmente, son funciones de control las que se ejercen con posterioridad a la actividad que se ha cumplido o desarrollado por parte del sujeto vigilado, con el objeto de adoptar correctivos, sanciones o conductas que impidan de nuevo la realización de nuevas actividades que vulneren el ordenamiento jurídico o lesionen intereses generales o particulares protegidos o amparados por el derecho.

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta el desarrollo legal y práctico que en Colombia han tenido las funciones de policía administrativa de inspección, vigilancia y control, este trabajo considera necesario utilizar estos instrumentos funcionales para aplicarlos a la planeación y la gestión contractual atribuyéndole su ejercicio a una nueva autoridad administrativa que se cree para tal efecto, como también más adelante se propone.

5.4. La cesión del contrato y la toma de posesión del Contrato sin su terminación para garantizar la continuidad en la prestación del servicio

Con observancia de las distintas posibilidades para dar por terminado el vínculo contractual entre la entidad contratante y el particular contratista, es necesario analizar dos figuras jurídicas especiales actualmente previstas en el ordenamiento jurídico colombiano como lo son la cesión de derechos contractuales y la toma de posesión del contrato estatal, las cuales han tenido especial importancia en la contratación pública actual en cuanto permiten que bajo ciertos escenarios especiales y tipificados por la ley las entidades públicas, las entidades financieras y/o terceros, puedan o deban según sea el caso asumir el contrato en ejecución, modificando el sujeto principal del contrato y

variando el parámetro “*intuitio persona*” existente en cualquier relación contractual contraída bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993⁶¹.

Actualmente tanto la figura de cesión como la de posesión son viables bajo el marco normativo vigente, lo cual sin embargo no obsta para aclarar de paso que su finalidad, así como su proceso, persiguen intereses públicos distintos.

En primera medida la cesión del contrato es aquel negocio jurídico mediante el cual una persona denominada cedente transmite a otra denominada cesionario la posición jurídica activa o pasiva, de acreedor o deudor que ostenta como resultado de una relación jurídica vigente, la cual en el caso puntual de derecho público debe tener presente la autorización de la entidad contratante, para su perfeccionamiento y validez. Esta figura se encuentra reglada en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, las cuales son aplicables al Estatuto General de la Contratación Pública en observancia del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que determina que los contratos estatales se rigen por disposiciones de derecho comercial, así como por disposiciones de derecho especial. Dicha figura lleva inmersa una especial importancia para la contratación pública toda vez que el empleo adecuada de esta figura se permite evitar la parálisis de la labor u obra contratada, mediante la entrega del contrato a un sujeto especial que debe como mínimo reunir las mismas calidades que el contratista inicial, para así no socavar no desmejorar el interés de la entidad.

La cesión de contrato es válida siempre y cuando se encuentre reglada con anterioridad a la cesión, pero dichas tipificaciones varía en el ordenamiento en el entendido de que existen distintas posibilidades que pueden dar lugar a la cesión, en esta medida la entidad al momento de autorizar la cesión deberá analizar el escenario factico específico del contrato en cuestión para determinar en qué norma fundar y autorizar la cesión:

Un primer escenario, donde se puede dar la posibilidad de cesión, se da bajo los parámetros del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 en sus numerales 2 y 3, referentes a la muerte o incapacidad física permanente del contratista o la disolución de la persona jurídica; o por la interdicción judicial o

⁶¹ MENDOZA TORRES, Arnaldo, *De la Capacidad y la Competencia del Estado para la Celebración de Contratos*, revista de derecho Universidad del Norte, Colombia, Barranquilla, 1997. p. 6.

declaratoria de quiebra (hoy insolvencia). Podrá cederse el contrato en ejecución al garante de la obligación. Esta regla de la Ley 80 contempla entonces un supuesto en el cual los “granates” de la obligación pasan a tener una relación directa con la prestación del contrato en ejecución y por lo mismo son quienes deben continuar y evitar su parálisis.⁶²

Con respecto de la toma de posesión nos encontramos ante una actividad estatal de carácter administrativa en el cual una entidad pública o un particular autorizado con arreglo a la ley, asume el contrato para continuar su ejecución, evitando de esa manera un daño mayor para el interés social. Se trata, empero, de la asunción de la ejecución del contrato por un periodo temporal, mientras culmina un nuevo proceso de selección de un nuevo contratista. Esta retoma del contrato se hace por lo general bajo los parámetros del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, donde debido a la declaratoria de caducidad el contratista queda impedido para continuar con la ejecución de todos los contratos celebrados con el Estado obligando a las entidades a reasumir el contrato, a través de un contratista o a autorizar a las entidades financieras garantes del proyecto hacerlo para que de manera inmediata continúe con la ejecución del contrato.⁶³

La Ley 1508 de 2012 trae en su artículo 30 una forma distinta de toma de posesión denominada “asunción del contrato”. Según se establece en dicha norma cuya competencia ser circunscribe únicamente a las asociaciones publico privadas (APP), el contrato en el que se evidencie un incumplimiento por parte del contratista podrá ser objeto de “toma de posesión” hasta la terminación de manera directa por la entidad financiadora del proyecto o mediante terceros designado por ella.

Una y otra figuras han tenido poco uso en Colombia pero si se provee de una adecuada reglamentación y se define además la entidad que pueda tomar posesión del Contrato, serán mecanismos idóneos para impedir la parálisis en su ejecución y lo que es más importante la interrupción o suspensión de los servicios públicos en juego.

⁶²ÓSCAR FABIÁN, Gutiérrez Herrán, *La “asunción del contrato” por parte de los financiadores en los proyectos de infraestructura*, publicado en noviembre 23 de 2017, revista: ámbito jurídico. Ed. Legis.

⁶³ ÓSCAR FABIÁN, Gutiérrez Herrán, *La “asunción del contrato” por parte de los financiadores en los proyectos de infraestructura*, publicado en noviembre 23 de 2017, revista: ámbito jurídico. Ed. Legis.

Un caso interesante del uso de la cesión ocurrió con el Contrato 137 de 2007 celebrado entre el IDU-TRANSMILENIO y la Unión Temporal Transvial. Debido al incumplimiento del Contrato y al abandono de la obra por parte del Contratista que consistía en la adecuación de la calle 26 como vía troncal de Transmilenio, el IDU estudió la posibilidad de declarar la caducidad del contrato; sin embargo, en ese momento el remedio sería más letal que la enfermedad porque ello hubiera generado un caos en la movilidad de Bogotá y en una grave interrupción en la prestación de servicios públicos complementarios; ante la dificultad de su cesión a los garantes o a los financiadores de la obra, finalmente se aceptó la cesión de la Unión Temporal Transvial al Grupo Empresarial Vías de Bogotá, la cual, se produjo en el mes de febrero de 2010 y después de un período de transición pactado con el IDU, se logró la terminación de la ejecución del Contrato y finalmente no se produjo una grave afectación al interés general, recuperándose como se hizo la movilidad de la ciudad y restableciéndose el orden económico y social que por dicha causa se vio afectado así no se haya declarado.

Por su parte, un caso reciente de fallida toma de posesión del contrato, se puede observar con motivo de los problemas de validez detectados del Contrato de Concesión No.002 de 2010 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. para la ejecución del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, obrando como juez popular, adoptó, entre otras medidas cautelares, la suspensión de la ejecución del Contrato y la toma de posesión del mismo para lo cual le ordenó al Presidente de la República señalara la entidad correspondiente. No existiendo en Colombia una entidad que pudiera tomar posesión del Contrato, la medida no se pudo cumplir y sencillamente las partes acordaron la terminación anticipada del Contrato de Concesión mediante acuerdo celebrado el 22 de febrero de 2017, lo que generó la parálisis de la obra, tal y como está, sin ejecución, desde hace dos años, con grave riesgo para el patrimonio público y con la imposibilidad de cumplir con la prestación eficiente del servicio público, según ya lo ha advertido en primera instancia el juez popular en sentencia proferida en el mes de noviembre de 2018.

En tal virtud, se propone en este trabajo que a la entidad que más adelante se propone crear, se le atribuya la función de tomar posesión de los contratos estatales en los casos que conforme a la ley proceda hacerlo y de esa manera se garantice la continuidad en la ejecución del contrato y la no

suspensión o interrupción en la provisión de bienes o en la prestación continua y eficiente de los servicios públicos.

5.5. Las Funciones de regulación, de consulta y de unificación doctrinal de la actividad contractual

Colombia no cuenta con una autoridad administrativa encargada de la formulación de políticas públicas de contratación, de regular y/o reglamentar -con sujeción a la ley- determinados aspectos y de orientar, asesorar y capacitar a las entidades públicas en la elaboración de programas anuales de contrataciones, con el fin de proporcionar información para el cumplimiento de sus actividades y para la gestión de la contratación por parte de todos los órganos ejecutores o unidades operativas del sistema, sistematizar y publicar la información sobre oferentes y adjudicatarios de la administración pública, etc.

En España, la ley de los Contratos de las Administraciones Públicas en General contempla una Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa, adscrita al Ministerio de Hacienda, la cual tiene a su cargo promover, en su caso, las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos.

Por su parte, en Argentina el sistema de contrataciones de bienes y servicios está organizado en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas, y de descentralización de la gestión operativa por lo cual los órganos del sistema con sus respectivas funciones son:

1. El órgano rector, que es la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace cuya responsabilidad primaria consiste en proponer las políticas, normas, sistemas y procedimientos relativos a las compras y a las contrataciones de bienes y servicios del Sector Público Nacional y de organización del sistema, en coordinación con los demás órganos rectores del Sistema de Administración Nacional y para lo cual puede cumplir, entre otras, las siguientes acciones:

- Proponer políticas generales y particulares, así como la adopción de medidas en materia de contrataciones del Sector Público Nacional.
- Aprobar las normas destinadas a instrumentar las políticas y las medidas definidas en materia de contrataciones y formular propuestas destinadas al mejoramiento de la normativa vigente que tenga vinculación con el sistema de contrataciones.
- Diseñar e instrumentar los sistemas destinados a facilitar la gestión operativa eficaz y eficiente de las contrataciones, entre ellos los sistemas de información sobre proveedores, precio y normativa.
- Organizar el sistema estadístico en materia de contrataciones, para lo cual requerirá y producirá la información necesaria a tales efectos, interactuando con las contrapartes designadas por las jurisdicciones y entidades y con las unidades operativas de contrataciones.
- Difundir las políticas, normas, sistemas, procedimientos e instrumentos a ser aplicados por el sistema en el ámbito del sector público nacional, así como capacitar a las jurisdicciones y entidades en la utilización de los instrumentos diseñados.
- Asesorar a las jurisdicciones y entidades en la elaboración de sus programas anuales de contrataciones, destinados a integrar la información presupuestaria básica en materia de gastos y elaborar los formularios, instructivos y programas informáticos para la programación de las contrataciones.
- Organizar los registros requeridos para el seguimiento y evaluación del funcionamiento del sistema y elaborar los programas que facilitarán la consulta y utilización de los mismos por parte de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sistema.
- Elaborar el pliego único de bases y condiciones generales.
- Diseñar e implementar el sistema de información.
- Ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en la ley.

Esta Oficina que es parte de la Administración y no de los organismos de control, es la que maneja:

- El Sistema de Identificación de Bienes y Servicios, en el cual se encuentran catalogados todos los bienes y servicios comprados y/o contratados por la Administración Pública Nacional.
- El Sistema de Precios de Referencia, el cual permite una consulta comparativa de precios a partir de órdenes de compra realizadas.

- La información sobre la totalidad de las órdenes de compra realizadas por los distintos organismos estatales; y,
- El sistema de proveedores, que permite hacer el seguimiento del estado contractual de los proveedores de la Administración Pública Nacional.

2. Las unidades operativas de contrataciones las cuales tienen a su cargo la gestión de las contrataciones.

Por su parte, en Chile, el sistema de compras funciona alrededor de un órgano rector y administrador del sistema de contratación que incluye el sistema de información.

Colombia está en mora de establecer una autoridad rectora del Sistema de Contratación con potestades de regulación y/o reglamentación administrativas, el cual debe adoptarse primero para las entidades que integran los sectores central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, según lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489, sancionada en 1998 y posteriormente, extenderse a los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial, a los órganos que integran las organizaciones fiscalizadoras o de control y electoral, a las personas jurídicas con régimen de autonomía constitucional, a las que conforman la administración territorial, en los niveles Regional, Departamental, Distrital, Metropolitano, Provincial y Municipal y a las entidades privadas que al cumplir funciones públicas administren recursos públicos o a las que simplemente administren recursos públicos así no cumplan funciones públicas.

La misma entidad rectora debe posteriormente estar en capacidad de regular el funcionamiento y administración del Sistema Electrónico de Contratación para la Administración Pública a través del cual se puedan cumplir todos los procedimientos para la invitación, selección, adjudicación y celebración de todos los contratos estatales.

En tal virtud, se considera necesario para Colombia estructurar orgánicamente el sistema de contratación definiendo un órgano rector del sistema y los órganos ejecutores o unidades operativas del mismo, las cuales deben tener a su cargo la planeación y gestión de la contratación pública.

Para tal efecto, es preciso que se permita atribuirle facultades de regulación en materia de contratación estatal a una autoridad administrativa, mediante normas que modifiquen el actual Estatuto General de Contratación.

Esta misma entidad tendría a su cargo cumplir funciones consultivas y de unificación doctrinal en materia contractual.

6. Las nuevas entidades y sus atribuciones

6.1. Antecedentes

La creación de una organización dedicada a la contratación nacional se puede rastrear desde principios del siglo XX, con la aparición del Almacén Nacional de 1905, el cual se organizó como una central de compras que se encargaba de la compra, suministro y almacenamiento de todos los bienes y servicios que requerían las entidades públicas del orden nacional para su funcionamiento y que con el paso del tiempo fue siendo sobrepasado por la incapacidad de determinar cuáles necesidades eran realmente importantes para cada entidad en particular.⁶⁴

Así, la Central de Compras establecida en 1905 empezó a ser cada vez más obsoleta, debido a que ella había sido diseñada para atender las necesidades de compra y suministro de apenas un número muy reducido de entidades públicas; al crecer el aparato estatal también empezó a crecer la demanda de bienes y servicios, situación que poco a poco fue incapaz de atender el Almacén Nacional y por lo mismo fue desapareciendo paulatinamente del ordenamiento.

Con la Ley 4 de 1964, el Decreto 150 de 1976, el Decreto Ley 222 de 1983 y, posteriormente con las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, Colombia procedió a modificar su sistema de contratación, promulgando el así llamado Estatuto General de Contratación Pública. El último, buscó establecer en un solo cuerpo normativo las reglas generales en los temas de contratación pública.

⁶⁴ ECHEVERRY, Juan Carlos, director. Departamento Nacional de Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo I, Colombia, Bogotá D.C, 2002 Ed. Giro Editores Ltda. p. 120.

Sin embargo, aun cuando la Ley 80 de 1993 subsanó algunos de los problemas existentes en el Decreto 222 de 1983, se quedó corta en la regulación relacionada con la compra de bienes y servicios de las entidades públicas por lo que en este tópico se carecía de regulación especial y de una entidad que pudiera hacerse cargo de esta gestión, situación que a priori no fue considerada de vital importancia en el entendido que cada una de las entidades podría adelantar sus respectivos procesos de contratación de acuerdo con sus propias necesidades y gastando el presupuesto a ella asignada.

Esta situación se mantuvo así hasta la entrada del nuevo milenio en la cual se evidenció la necesidad de una nueva reestructuración del sistema de contratación pública, puesto que las tendencias mundiales empezaban a mostrar cómo los países con leyes y organizaciones especializadas en el tema de compras podían a reducir los gastos en la adquisición de bienes y servicios al mantener una adecuada gestión y control entre lo que debía comprar el Estado para funcionar; al mismo tiempo, al conocer de manera precisa la necesidades de los bienes y servicios podía promover convenios con los agentes del mercado que los tenían, permitiendo reducir costos operacionales así como obtener una reducción de precios puesto que con los Acuerdos Marco de Precio se permitía que muchas entidades que requerían el mismo bien o servicio lo solicitaran en conjunto y no individualmente, lo cual permitía al proveedor reducir el costo por estar inmerso en una operación económica de mayor cantidad de bienes o servicios. Ejemplos de ello es la creación de entidades especializadas de compras en varios países como Chile⁶⁵ y Argentina.

Así mismo, la tendencia internacional también había empezado a evolucionar hacia una real implementación de políticas a través un órgano rector de la contratación pública⁶⁶ y empezaba paulatinamente a distanciarse del sistema de codificación central puesto que como se había

⁶⁵ La experiencia de Chile en el tema de compras y especialmente con la utilización de los contratos marco de precio inicia “Mediante la Ley 19888 de 2003, la cual estableció que los “convenios marco de precio”, los que pueden describirse como aquellos que celebran la Dirección de Compras y Contratación del Ministerio de Hacienda de Chile, con aquellos proveedores que, como resultado de unas licitaciones públicas, establecen precios y condiciones comerciales definidos para el suministro de bienes y servicios durante un periodo determinado de tiempo. Con estos Convenios se busca disminuir los costos de transacción al llevar a cabo un solo proceso de negociación y contratación del proveedor, busca las mejores condiciones logísticas y precios del mercado y agregando la demanda de varios entes públicos. Los convenios son llevados a cabo cuando la Dirección de lo estime conveniente o cuando entidades públicas le soliciten adelantar el proceso. Una vez celebrado el convenio, las entidades pueden demandarlos bienes y servicios objeto del convenio, accediendo al mismo a través del portal Chile Compra” SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios de Derecho Contractual Público*, primera edición, Colombia, Bogotá D.C., 2014. Ed. Legis. pp. 87.

⁶⁶ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo: *La nueva Contratación Pública en Colombia*, primera edición, ed. Legis, 2009, p. 5.

evidenciado con el transcurso de los años, este solo se limitaba a ser un compendio de normas asociadas con la contratación, el cual no cobijaba el total de paradigmas de este tópico.

En esta media, el Estado Colombiano a través del Departamento Nacional de Planeación inició la construcción de un nuevo sistema de contratación pública, por lo que en el año 2002, integró la llamada “*Misión de Contratación*”, en la cual vinculó a varios expertos en el tema y les encomendó la investigación de las falencias que poseía el sistema del momento así como la formulación de reformas que se consideran pertinentes a la Ley 80 de 1993, de cara a mejorar y actualizar el sistema, para que mediante él se pudiera dar cumplimiento a los principios de la contratación pública.

Este grupo de expertos evidenció como desperfecto del sistema de contratación la ausencia de un organismo rector en temas de contratación y propuso como solución su creación, determinando que debía estar “*desvinculado de los organismos de ejecución y control, pero contar con mecanismos de orientación y dirección con la representación de los varios estamentos del sector público y de la sociedad civil.*”⁶⁷

Esta iniciativa fue posteriormente reforzada por el Banco Mundial, el que con ayuda de funcionarios públicos y contratistas del Estado, emprendió un segundo análisis de la regulación colombiana en temas de contratación, que concluyó con el “*Informe de evaluación de adquisiciones del país – CPAR*”, en el cual se señalaba que la normativa del sistema de contratación se encontraba dispersa en distintas normas, decretos, etc. lo que evidenciaba que la Ley 80 de 1993 -que inicialmente se había planteado desde la perspectiva de ser un estatuto único de contratación- había empezado a verse superada y lejos de convertirse en una regla única en materia de contratación se había convertido en una regla excepcional, frente a otros decretos y leyes que regulaban de manera específica los procesos de contratación de manera cuando menos más clara.⁶⁸

⁶⁷ ECHEVERRY, Juan Carlos, director. Departamento Nacional De Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo I, Colombia, Bogotá D.C, 2002 Ed. Giro Editores Ltda. p. 15.

⁶⁸EL CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3186 DE 2002, referencia: *Para la Eficiencia y la Transparencia de la Contratación*, Bogotá, D.C., 31 de julio de 2002.

Así mismo, este estudio encontró que la contratación en Colombia desde la Ley 80 de 1993, y las normas que la complementaban, no estaban armonizadas con las necesidades de adquisición de bienes y servicios, por lo que el crecimiento en la normativa no correspondía a una real solución de los desperfectos del Estatuto General de Contratación y, por el contrario, adolecía de falencias conceptuales que al momento de ser desarrolladas por las entidades públicas más bien generaban un escenario óptimo para el gasto de recursos públicos en vaguedades y el crecimiento de la corrupción. Desde ese momento la recomendación plasmada en el CONPES 3186 de 2002 fue la creación de un ente capaz de armonizar el sistema de contratación con las políticas públicas y crear un sistema que garantizara la transparencia en la selección y el buen manejo de los recursos públicos, rescatando así los planteamientos desarrollados por la Misión de Contratación. Por ello se buscó en un primer momento la creación del Consejo Nacional de Contratación⁶⁹ cuya naturaleza sería la de un Consejo Superior de la Administración Pública, al cual se le encargarían las funciones anteriormente mencionadas.

Ahora bien, esa tendencia posteriormente fue recogida por el documento CONPES 3249 de 2003, el cual reemplazó íntegramente el documento CONPES 3186 de 2002, para buscar una transformación más profunda del sistema a partir de la denominada “*Política de contratación pública para un Estado gerencial*”. En este nuevo CONPES se partía la necesidad de reestructurar el sistema de contratación de la siguiente manera:

1. El Consejo de Política Económica y Social CONPES tendría a su cargo la orientación general de la política de contratación del Estado.⁷⁰
2. El Consejo Nacional de Contratación desarrollado en el CONPES 3186 de 2002 pasaría de ser un Consejo Superior de la Administración a un Comité Nacional de Contratación- CNC-, el cual sería la instancia encargada de proponerle al CONPES todos aquellos asuntos referentes al diseño de la política pública contractual. En tal sentido tendrá a su cargo el estudio y aprobación previa de los

⁶⁹ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3186 DE 2002, referencia: *Para la Eficiencia y la Transparencia de la Contratación*, Bogotá, D.C., 31 de julio de 2002.

⁷⁰ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3249 DE 2003 referencia: “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003.

documentos respectivos, así como la revisión y aprobación de los proyectos de actos administrativos y directrices que se requiera producir para la materialización de las decisiones de política pública.⁷¹

3. El Departamento Nacional de Planeación, como Secretaría Técnica del CONPES, debía contar con un equipo técnico que permanentemente apoyara el trabajo de los consultores expertos para atender los requerimientos de su tarea de soporte y de coordinación; sin embargo, la particularidad de este equipo radicaba en que su director, sería a la vez a quien ejercería las funciones de la secretaría técnica del -CNC-.⁷²

4. El Programa “*Agenda de Conectividad*” del Ministerio de Comunicaciones, debería tener a su cargo la gerencia de la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE, para lo cual, debía articular, coordinar y controlar los equipos de trabajo requeridos, en desarrollo de la política que para el efecto estableciera el CONPES y de conformidad con las directrices específicas del CNC.⁷³

Por lo tanto, el CONPES 3249 de 2003 estableció un espacio institucional de cara a coordinar las políticas públicas contractuales, la inversión pública y la incorporación de las recomendaciones efectuadas desde el CONPES 3186 de 2002, permitiendo empezar una configuración institucional que garantizara la eficiencia y la transparencia en el sistema contractual y promoviera su protección real, toda vez que para finales del siglo XX este sector de la economía representaba el 20% del PIB de Colombia.⁷⁴

6.2. La Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente

⁷¹ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3249 DE 2003 referencia: “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003

⁷² CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3249 DE 2003 referencia: “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003

⁷³ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3249 DE 2003 referencia: “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3249 DE 2003 referencia: “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, Bogotá, D.C., octubre 20 de 2003

Posteriormente, con el Decreto Ley 4170 de 2011, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de ese mismo año, se procedió a crear la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

De conformidad con dicho Decreto Ley 4170 de 2011, esta nueva institución es sin duda el primer acercamiento para contar con una entidad de orden técnico nacional que se encargue de la unificación de procesos en materia de compras públicas, contratos marco de precios y articulación de actores de los procesos de contratación pública, con el objetivo de optimizar los recursos del Estado. Es por ello que a esta unidad administrativa especial se le confirieron doce funciones específicas señaladas en el artículo 3 del Decreto 4170 de 2011 y que van desde proponer al Gobierno las políticas, planes, programas y normas en materia de contratación pública, facilitación de compras y promoción de mejores prácticas de adquisición respetando los principios de la contratación, hasta colaborar con el gobierno en las negociaciones internacionales en materia de compras y contratación pública, todo ello para dar satisfacción de los principios de transparencia y selección objetiva, determinados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.

En esta medida, la ley configura en la mencionada entidad la posibilidad de formular y coordinar los contratos marco de precio, absolver consultas tanto en la órbita nacional como territorial y administrar el sistema electrónico de contratación pública denominados SECOP, generando así un ente coordinador de la contratación pública.

6.3. El Sistema Electrónico de Contratación -SECOP-

A partir de la entrada en vigor de la Ley 527 de 1999, referente a comercio electrónico, se empezó a analizar la necesidad de implementar un sistema de contratación virtual que le permitiera al Estado mantener una coordinación más ágil y eficiente de los contratos estatales. Esta propuesta generó uno

de los grandes debates en Colombia a finales del siglo XX, puesto que para algunos se veía necesaria la implementación de un sistema propio para la contratación pública con el propósito de proteger los postulados desarrollados por el principio de legalidad para la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, mientras que otros señalaron que dicha normatividad no era necesaria en virtud de lo dispuesto en artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el cual se determina que el régimen civil y comercial aplicable a los particulares es plenamente aplicable en la contratación Estatal en todo aquello que no contradiga a la norma.⁷⁵

Esta discusión se mantuvo vigente hasta la promulgación de la Ley 962 de 2005 con la cual se autorizó el uso de los medios tecnológicos para la racionalización de los trámites y procesos administrativos; sin embargo, el artículo 6 que se refería al uso de esta herramienta fue cuando menos tímida y se limitó a señalar que se tomaría como un mecanismo adicional al ya desarrollado para los procesos administrativos; por ello se requirió una modificación que le permitiera dar mayor importancia al uso de los medios tecnológicos en la administración y su contratación.⁷⁶

En tal virtud, la primera consagración referente a un sistema virtual de contratación fue la prevista en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que si bien existió como antecesor el denominado Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE, administrado por la Contraloría General de la República, éste tenía funciones distintas a las del SECOP-, toda vez que se había formulado y desarrollado como un sistema para la vigilancia y el control fiscal⁷⁷. Por ello, éste no operaba técnicamente como un verdadero Sistema Electrónico de Contratación- SECOP-, cuya finalidad es brindar información y permitir las operaciones de compra de bienes y servicios bajo los parámetros que la Ley establece. En ese momento se optó por mantener ambos sistemas, el -SICE- para la finalidad de vigilancia y control fiscal, y el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, que se autorizó con el fin de materializar los objetivos para la realización o implementación de la contratación por medios electrónicos, el cual debe disponer de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el

⁷⁵ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo: *Estudios de derecho contractual público, primera edición, edit. Legis, 2014, p. 231*

⁷⁶ SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo: *Estudios de derecho contractual público, primera edición, edit. Legis, 2014, p. 228*

⁷⁷ ECHEVERRY, Juan Carlos, director. Departamento Nacional De Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo I, Colombia, Bogotá D.C, 2002 Ed. Giro Editores Ltda. p. 14

artículo 2° de la Ley 1150 y según lo defina el reglamento; servir de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; contar con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual debe establecer los patrones a que haya lugar y se debe encargarse de su difusión a través de canales electrónicos; e, integrar el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública, articulándose con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que éste perdiera su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública, aunque fue posteriormente derogado por el Decreto Ley 019 de 2012. El SECOP sería administrado por el organismo que designara el Gobierno Nacional, que lo es, desde el año 2011, la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Así, entonces, mediante la Ley 1150 de 2007 se dispuso la implementación de un sistema electrónico de contratación estatal que permita a todas las partes interactuar de manera eficiente en las etapas precontractual y contractual, y se buscó adicionalmente que por medio de éste se protegieran los principios de transparencia y selección objetiva, mediante el cumplimiento de la publicidad requerida para los contratos Estatales, y que adicionalmente se comportara como un sistema en el cual se pudiera realizar operaciones de transacción bajo los parámetros que la Ley definiera.

La primera fase del sistema entró en funcionamiento para permitir satisfacer el principio de publicidad⁷⁸, toda vez que sería el único mecanismo de acceso de la información requerida por las entidades públicas para la selección de contratistas, permitiendo satisfacer los principios de la contratación pública de manera integral y así mismo reforzar garantías constitucionales de vital importancia como *“la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los*

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-802 del 27 de septiembre de 2006, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. En ella la Corte rescató la importancia del principio de publicidad al señalar que: *“...el principio de publicidad es una garantía constitucional que da seguridad a las relaciones jurídicas; facilita el control ciudadano de las decisiones de las autoridades; permite el ejercicio de varios derechos fundamentales y contribuye de manera esencial al adecuado desarrollo y realización de los fines del Estado. La materialización de este principio compete primordialmente al legislador, - salvo en los casos en que la Carta consagra exigencias puntuales respecto de la publicidad de ciertos actos-, por lo que es al Congreso a quien corresponde en principio establecer o diseñar los mecanismos que considere pertinentes para lograr la adecuada publicación de las decisiones de las autoridades. La jurisprudencia constitucional ha reconocido en este sentido, que la publicidad “admite diversas formas de realización, que le corresponde definir y establecer al legislador”.*

derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209).”⁷⁹

Esta fase denominada -SECOP I- tenía tanto como objetivo como función reflejar la importancia del principio de publicidad, para lo cual se determinó que fuera: i) un punto único de ingreso de la información de los contratistas participantes, (ii) un mecanismo de alerta para las entidades ante la evidencia de cualquier irregularidad, (iii) el mecanismo para gestionar desarrollos tecnológicos en los procesos de selección referentes a la selección abreviada y, (iv) el instrumento que incorporaría el RUP, permitiendo que fuera el Sistema de información para la vigilancia de la Contratación Estatal. En todo caso, se buscó con esta primera fase del sistema facilitar el ejercicio de las funciones de los órganos de control al disponer de la totalidad de la información solicitada por las entidades al momento de celebrar el contrato, toda ella consolidada en un único lugar de fácil acceso.⁸⁰

Como la Ley 1150 de 2007 exigía igualmente un sistema de transacción adicional, fue necesario complementar el sistema con una segunda fase de la cual surgió el SECOP II, el cual permite un sistema de contratación virtual para algunos productos y servicios, por lo que a diferencia de la primera fase del sistema, en ésta sí existe una real posibilidad de contratar. Por ello fue necesario que se le dotara de herramientas jurídicas tales como el Catálogo de Bienes y Servicios –CUBS- y del Registro Único de Precios de Referencia de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública - RUPR.

En esta segunda fase, conforme lo señala el Decreto 3485 de 2011, se permite a las entidades públicas, proponentes, contratistas y ciudadanos gozar de un sistema de contratación virtual que permita el análisis de las etapas precontractuales y contractuales que según la ley pueden adelantarse, por lo que se brinda un espacio virtual para la recepción, evaluación, publicidad de las ofertas electrónicas, así como para la expedición de todos los actos, documentos y contratos de la administración pública.

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-711 de 2012, Bogotá DC, 12 de Septiembre de 2012, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 802 del 27 de septiembre de 2006, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

EL SECOP, al igual que la Unidad Administrativa Especial Colombia Compra Eficiente, actualmente se encuentran estrechamente ligados por cuanto el Decreto 4170 de 2011, le confirió a ésta última la administración del sistema electrónico de contratación que inicialmente estaba administrado por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional.

Tanto Colombia Compra Eficiente como el SECOP configuran un importante avance para Colombia, en temas de contratación toda vez que nos encontramos al día de hoy con un sistema de contratación que está integrado por un órgano coordinador de la contratación electrónica dotado de las herramientas legales y tecnológicas que se habían previsto como necesarias a principios de este milenio, permitiendo así que Colombia goce de los privilegios provenientes del -SECOP I- que permite a los interesados en la contratación colaboren con la selección del contratista más idóneo y así mismo participen integralmente y de manera mucho más expedita en los procesos de contratación que allí se señalan. Así mismo, en el marco del -SECOP II- se redujeron los precios de operación, en el suministro de bienes y servicios de uso común a las entidades y así mismo ha sido una de las herramientas más importantes a la hora de determinar lo que es necesario para una entidad pública a la hora de la compra de bienes.

Así, el sistema de contratación electrónico y la Unidad Administrativa Especial *Colombia compra Eficiente* constituyen sin duda un avance para el Estado colombiano de cara a atender las problemáticas que se encontraban presentes a finales del siglo XX, por lo que hoy se cuenta con un sistema de contratación electrónico actualmente en funcionamiento y con el que *Colombia Compra Eficiente* puede realizar una gestión primaria del contrato Estatal, lo cual sin embargo no obsta para que ellos puedan ser mejorados.

6.4. La necesidad de introducir ajustes a la Contratación Estatal

En lo referente al Sistema de Contratación Electrónico -SECOP- en su Fase II de transacciones, debe establecerse de manera cuando menos más clara el catálogo de productos y servicios de uso común que las entidades requieren para su adecuado funcionamiento y los cuales no están siendo determinados de manera exacta por lo que se debe seguir avanzando tal y como se plasmó en el

escrito técnico de la *Misión de Contratación* hacia un sistema que de manera inicial cobije a los órganos que integran la Administración Nacional y que, posteriormente, se extienda a los órganos que integran la administración territorial, en los niveles Regional, Departamental, Distrital, Metropolitano, Provincial, Municipal y local,⁸¹ y cuyo catálogo se debe ir ajustando cada vez más en el entendido que las necesidades son dinámicas y que el sistema aún persiste en ser demasiado general, puesto que las entidades del orden territorial que cobija son a veces muy bastas para delimitar sus necesidades y requieren por tanto que se les permita la participación a las localidades o una zonas para concretar de manera más precisa los bienes y servicios que se deben comprar.

Por su parte la Unidad Administrativa Especial – *Colombia Compra Eficiente*- también debe ser modificada puesto que si bien contiene elementos importantes en la contratación que permiten al día de hoy tener un sistema de información que garantiza el principio de publicidad desarrollado en la Ley 80 de 1993 y optimizar los procesos de selección desarrollados en la Ley 1150 de 2007, reduciendo gastos operacionales a la entidad que van desde ejercer un control más ordenando en la contratación hasta poder contratar mejores productos y servicios para su funcionamiento mediante los acuerdo marco de precio, ello no es suficiente de cara a poder establecer un órgano de control que implemente, coordine y haga efectiva la normativa vigente en el campo de la contratación pública.

Por tanto, aun cuando *Colombia Compra Eficiente* ha sido -sin duda- parte esencial de la construcción de un sistema de contratación más cohesivo y coordinado, dicha construcción no debe para ahí, puesto que como se ha mencionado, actualmente las funciones de *Colombia Compra Eficiente* aunque pertinentes, lejos están de ser las de un ente rector de la contratación pública y es que, tal como se ha venido mencionando, sus funciones parten de ser un órgano asesor y coordinador de la contratación, pero no tiene funciones que le permitan participar de manera efectiva cuando el contrato estatal ya se encuentra cerca de paralizarse o cuando se evidencian desperfectos en su funcionamiento. Es, por lo tanto evidente, que en este punto se carece de herramientas jurídicas que permitan intervenir ante cualquier tipo de contingencia que el contrato estatal pueda sufrir y que se deriven de una gestión negligente de la contratación o de un acto de corrupción.

⁸¹ ECHEVERRY, Juan Carlos, Director. Departamento Nacional de Planeación entidad contratante del estudio, *Misión de Contratación*, Tomo I, Colombia, Bogotá D.C, 2002 Ed. Giro Editores Ltda. p. 116.

Ahora bien; ello además se ve reforzado puesto que si bien las herramientas con las que se dotó a esta entidad son importantes como coordinadora de políticas y asesora para la actualización de las normas de contratación, ello no quiere decir que pueda controlar el sistema como sí lo haría un órgano rector de la contratación, por lo que es requerido retomar los planteamientos desarrollados en los CONPES 3186 y 3249 y la *Misión de Contratación*, tendientes a la configuración de una organización rectora de la contratación pública que pueda participar activamente en el sistema mediante el uso de las funciones de monitoreo, seguimiento, inspección, vigilancia y control.

A su turno, el problema de *Colombia Compra Eficiente* radica en que esta entidad se configuró bajo la teoría de que el sistema de contratación Estatal no debía ser intervenido sino por los órganos de control y que las entidades públicas contratantes son las únicas responsables de su respectiva contratación por lo que son capaces de manejarla, motivo por el cual se dejó en su autonomía la toma de decisiones finales sobre el contrato, lo cual, como ya se anotó a lo largo del texto, no necesariamente es así, puesto que las funciones primordiales de las entidades públicas no están relacionadas directamente con la operación de la contratación sino con el cumplimiento y desarrollo de la misión para la cual fueron en cada caso creadas; por lo tanto, el planteamiento de que, por ejemplo, una Empresa Social del Estado tenga todos los elementos para coordinar y llevar adecuadamente todo el proceso de contratación hasta su final, es cuando menos utópico.⁸²

Por su parte, la creación del órgano rector de contratación hoy en día se empieza a evidenciar como necesaria y urgente, puesto que en casos como el del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 relacionado con la Ruta del Sol, Sector 2, celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y el Instituto Nacional de Concesiones INCO, hoy transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, pudo ser de vital importancia para evitar la suspensión y luego la paralización de la obra que ya va para dos años sin solución alguna.

En este caso en particular, el Procurador General de la Nación solicitó medidas cautelares propias de la acción popular para disponer la suspensión del contrato y la toma de posesión del mismo,

⁸² SUÁREZ BELTRAN, Gonzalo, *Estudios de Derecho Contractual Público*, Colombia, Bogotá D.C., 2014, Ed. Legis. p. 91.

observando su importancia para el interés general y como último intento para evitar su parálisis, según se observa en la petición que en tal sentido elevó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Estas medidas cautelares fueron efectivamente decretadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de febrero de 2017, por lo que se ordenó la suspensión del contrato y la toma de posesión del mismo por parte de la administración nacional, puesto que se evidenciaba esta última como un mecanismo idóneo para que el Gobierno Nacional retomara el control del Contrato de Concesión 001 de 2010. Sin embargo, al no existir una entidad que pudiera hacerse cargo de dicha función, a juicio del Tribunal, se ordenó al Presidente de la Republica que como suprema autoridad administrativa y representante legal de la Nación, determinara la entidad a la cual le correspondería tomar posesión el proyecto de Ruta del Sol 2, con el objeto de evitar su paralización.⁸³

El Presidente de la Republica determinó que para ejercer dicha toma de posesión se requería celebrar un contrato interadministrativo entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI- y el INVIAS, para lo cual, en aplicación de lo previsto en la Ley 1837 de 2017, se autorizó a la ANI para celebrar dicho contrato con el INVIAS, cuando por decisiones judiciales y/o administrativa no se pudiera continuar con la ejecución de los proyectos de infraestructura contratados.⁸⁴ No obstante, pese a que el Presidente de la Republica cumplió con su obligación de crear las condiciones jurídicas para que las entidades pudieran actuar en el contrato con el fin de evitar su paralización, dicha toma de posesión nunca pudo ser efectuada de manera idónea, puesto que como consta a lo largo del proceso, pese haberse ordenado celebrar el contrato, ésta no se ejecutaría hasta tanto el concesionario le permitieran tener acceso al corredor vial y aun cuando es claro que los contratistas dificultaron este proceso también se evidencia en los informes rendidos por la ANI y el INVIAS que no obstante que las dos entidades buscaban mediante el contrato interadministrativo ejecutar la toma de posesión lo cierto es que carecían de la estructura física, económica y jurídica para asumir directamente dicho proyecto.⁸⁵

⁸³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, Exp. No. 2500023410000201700083-00, Bogotá, D.C., 9 de febrero de 2017.

⁸⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, Exp. No. 2500023410000201700083-00, Bogotá, D.C., Ref. audiencia de verificación de cumplimiento de medidas cautelares 21 de julio de 2017.

⁸⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, Exp. No. 2500023410000201700083-00, Bogotá, D.C., Ref. audiencia de verificación de cumplimiento de medidas cautelares 21 de julio

Llama poderosamente la atención en este caso como se prefirió la celebración de un contrato interadministrativo entre la entidad contratante y otra entidad del sector transporte antes que la posibilidad de que *Colombia Compra Eficiente* realizara dicha actividad y es que como ya se ha mencionado, dicha corporación no tiene los elementos requeridos para ejercer esta función; aun así, es evidente que el contrato interadministrativo tampoco era idóneo toda vez que estos son acuerdos de voluntades celebrados entre dos o más entidades estatales para el logro de los cometidos para las cuales fueron creadas⁸⁶ y que a todas luces no son idóneos para la administración de un contrato cuando esto no es parte del actuar de la entidad, su objetivo o su función.

Ahora bien, la configuración del órgano rector de la contratación pública como se denota en este caso es requerido para solventar este déficit funcional y para ello se debe señalar que existen dos posibilidades a la hora de determinar cómo debe ser su configuración y su armonización con el resto de las entidades que configuran el actual sistema de contratación pública, por lo que existen dos posibilidades: una, referente a mantener a *Colombia Compra Eficiente*, situación que no resulta ideal, toda vez que la agencia propuesta posee el complemento de las funciones que requiere esta entidad y se promueve como un órgano autónomo que a la larga debería asumir las funciones de *Colombia compra Eficiente* como parte de su funciones para concretar en una sola entidad el ejercicio adecuado de la contratación pública, evitando así una duplicidad injustificada de funciones y solamente requiriendo para su actuar una entidad adicional para los temas de unificación y coordinación de políticas referentes a la contratación pública que como se desarrolla más adelante estaría en cabeza de la Comisión de Regulación.

Aun así y solo como análisis del caso en el cual se deba mantener a *Colombia Compra Eficiente*, con la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública propuesta en este texto es claro que su funcionamiento podría darse de manera independiente y coordinada, siempre que ser cerciore que no existiera una duplicidad de funciones.

Por lo tanto, el sistema de contratación en este caso que no es el ideal quedaría, así:

de 2017.

⁸⁶ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo: *Estudios de derecho contractual público*, primera edición, edit. Legis, 2014, p. 271

- A la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, mantener la integridad de sus funciones, en el entendido que ellas y sus objetivos están encaminadas a ayudar al Gobierno en la promulgación de políticas referentes a la contratación, su asesoramiento y la administración de los sistemas de contratación pública en sus dos fases – SECOP I- y -SECOP II-, las cuales podrían ser usadas por las entidades propuestas mediante el principio de colaboración armónica.

- La Agencia Nacional de Contratación Pública, que mantendrá la inspección vigilancia y control en los parámetros que se explican más adelante, procederá a corregir asimetrías institucionales, prevenir la corrupción y evitar la paralización de los contratos, promoviendo un sistema más eficiente y coordinado para el Estado.

6.5. La Comisión de Regulación de la Contratación Pública

Es posible que puedan existir autoridades administrativas creadas directamente por el legislador según las competencias expresamente previstas en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, a las cuales éste les atribuya el ejercicio de funciones de regulación administrativa, según la facultad que para tal efecto señalan los numerales 7 y 23 del artículo 150 de la Constitución Política.

Para tal efecto, es necesario crear en la Ley que contenga el Estatuto General de Contratación -entendida actualmente como una ley ordinaria-, una autoridad administrativa, encargada de regular la contratación pública mediante actos administrativos que dicte con sujeción a las reglas que determine el legislador.

Sería un esquema parecido al que el legislador utilizó cuando creó la Junta Monetaria o la Junta Nacional de Tarifas o la Comisión Nacional de Valores o la Comisión Nacional de Televisión o al esquema que el legislador utiliza actualmente para atribuirle competencias de regulación administrativa a organismos creados por el legislador como el Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS o las Comisiones de Regulación en materia de servicios públicos como la de Comunicaciones, la de Energía y Gas Natural y la de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En este caso, el órgano rector del sistema sería un organismo permanente de la estructura del Estado, con el carácter de Comisión de Regulación para la Contratación Pública, de naturaleza especial y autonomía administrativa, financiera y técnica, creado por la Ley, a iniciativa del Gobierno Nacional con fundamento en lo previsto en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política.

La Comisión estaría integrada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República y tres comisionados permanentes, reconocidos expertos en contratación estatal, de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos individuales de cinco años, la cual tendría, entre otras, las siguientes funciones:

- Proponer las políticas de contratación para la administración pública;
- Dictar, con sujeción a la ley, las regulaciones y/o reglamentaciones administrativas para obtener la uniformidad y estandarización de procedimientos e instrumentos que deban ser aplicados por el sistema de contratación en toda la administración pública, según las distintas clases o modalidades de contratación;
- Orientar, asesorar y capacitar a las entidades públicas en la elaboración de programas anuales de contrataciones, con sujeción a los planes y programas de desarrollo y en armonía con la programación financiera y la ejecución de los presupuestos públicos;
- Regular y administrar, con sujeción a las reglas previstas en la ley, el Sistema de Información para las Contratación Estatal aplicable a toda la administración pública, el cual debe tener por objeto proporcionar información para el cumplimiento de sus actividades y para la gestión de la contratación por parte de todos los órganos ejecutores o unidades operativas del sistema, las cuales a su vez tienen que facilitar su operación, el mantenimiento de la información en él disponible y la evaluación de su funcionamiento;

- Sistematizar y publicar la información sobre oferentes y adjudicatarios de la administración pública;
- Regular, con sujeción a las reglas generales previstas en la ley, el Sistema de Contratos Electrónicos Estatales y en particular el proceso electrónico; las notificaciones y aceptaciones por medios electrónicos; la digitalización de la documentación, el expediente digital, incluyendo la firma digital como medio de otorgar certeza jurídica a las transacciones electrónicas, y toda cuestión vinculada con la introducción de tecnologías digitales en el régimen de contratación estatal;
- Orientar y asesorar a las entidades públicas en la ejecución de los programas de contratación, en armonía con las normas de carácter presupuestal y en coordinación con los planes y programas de desarrollo;
- Adoptar un código de conducta para los oferentes y adjudicatarios de la administración pública y aplicar el sistema disciplinario que prevea la ley;
- Organizar el sistema estadístico en materia de contratación pública y hacer el seguimiento, monitoreo y evaluación de los procesos contractuales;
- Regular el Registro Oficial de Contratos y el Registro Único de Proponentes, los cuales deben ser públicos y electrónicos;
- Proponer la adopción de regulaciones legales o administrativas para hacer las modificaciones normativas que sean aconsejables para modernizar el sistema de contratación estatal.

La creación por la ley de un órgano especial de regulación en materia de contratación pública como el propuesto, conlleva las siguientes ventajas:

a. Flexibiliza el sistema porque se parte de una ley que con sujeción a los principios y reglas en ella contenidos, le permitirán en este caso a una autoridad administrativa especial, adoptar de manera

concreta las regulaciones que deben regir toda la contratación pública, en todos los campos en los que se requieren toda clase de normas especiales para regir la contratación de todas las entidades públicas, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan.

b. Permite que una autoridad administrativa especial, con autonomía administrativa y técnica, totalmente independiente, con sujeción a la ley, asuma la competencia de regulación administrativa en materia de contratación administrativa de manera permanente e introduzca, cree o modifique, de manera oportuna y técnica, las normas que sean necesarias para regular toda clase de modalidades que la contratación pública exige, mucho más cuando quiera que debe atenderse a todas las innovaciones que la ciencia y la tecnología incorporan o a las exigencias de la comunidad internacional y que no dan espera para dar respuestas jurídicas inmediatas y adecuadas para garantizar el tráfico jurídico en un mundo integrado o globalizado.

En principio, no existe ninguna desventaja que apareje precisar un esquema como el propuesto en este documento, como no las tiene actualmente el que conforme a la Constitución Política se utilice este mismo esquema para que mediante leyes ordinarias se fijen las reglas con sujeción a las cuales otras autoridades administrativas como las Comisiones de Regulación, la Sala General de la Superintendencia de Valores o los Consejos Superiores de la Administración, deban v.gr. regular los servicios públicos domiciliarios, el mercado público de valores, el comercio exterior, etc., etc.

Empero, se podría argumentar en contra de esta propuesta que con ella se amplía la estructura del Estado, creando otra organización pública que, además, con el tiempo va creciendo hasta convertirse en otro instrumento burocrático ineficiente. Que la tendencia es reducir el tamaño del Estado y no de ampliarlo.

6.6. La Agencia Nacional de Contratación Pública

Esta sería la principal entidad rectora del sistema nacional de contratación estatal, a la cual se le pueden atribuir entre otras, las siguientes funciones:

6.6.1. Las funciones de monitoreo y seguimiento integral de la planeación y la gestión contractual

Las actividades de monitoreo comprenderían la recopilación sistemática de información, su consolidación, análisis y verificación para el cálculo de indicadores específicos y estratégicos que permitan identificar acciones u omisiones por parte de las entidades públicas que puedan poner en riesgo la planeación y la gestión contractual y con ella la moralidad administrativa, la adecuada utilización de los recursos públicos, la provisión de bienes y la eficiente prestación de los servicios públicos.

Para tal efecto, a través de un adecuado sistema de información, se debe consolidar y evaluar de manera integral los resultados de la actividad de monitoreo realizada por la Agencia y formular orientaciones a las entidades públicas contratantes acerca de los procedimientos y metodologías empleados para la captura, procesamiento, análisis y remisión de los resultados de las actividades de monitoreo. Tales actividades de monitoreo se deben realizar de manera continua y el reporte a la Agencia debe efectuarse mensualmente con el objeto de adelantar labores de seguimiento o de adopción de medidas preventivas o correctivas.

Las actividades de seguimiento comprenden la evaluación y análisis de los procesos de contratación de todas las entidades públicas, que permitan evidenciar y cualificar la existencia de eventos de riesgo que afectan o puedan llegar a afectar la planeación y la gestión contractual.

La implementación de la estrategia de monitoreo y seguimiento integral a la planeación y la gestión contractual que ejecuten las entidades que integran la administración pública, se debe fundamentar

en indicadores y criterios de evaluación y en objetivos medibles y comprobables. Para tal efecto, la formulación de los indicadores requeridos, así como sus respectivas fichas técnicas y la metodología referente al contenido de la información, formatos, fechas, aplicativos y demás aspectos requeridos para su implementación, debe ser regulada por la Comisión de Regulación.

Las actividades de monitoreo y seguimiento integral a la planeación y la gestión contractual que ejecuten las entidades que integran la administración pública deben ser ejercidas por la Agencia Nacional de Contratación en los términos que se prevea en la Ley, sin perjuicio de las que correspondan a las autoridades competentes en materia de vigilancia superior de la conducta y de responsabilidad disciplinaria, de las de control fiscal y de responsabilidad fiscal, de las de investigación, acusación y juzgamiento de carácter penal, o las dispuestas en normas vigentes en relación con el Sistema General de Contratación estatal.

Por su parte, la Ley debe contemplar, por lo menos, los siguientes eventos de riesgo identificables en las actividades de monitoreo o seguimiento:

1. No envío de información a la autoridad competente conforme a los plazos, condiciones y formatos que indique la Comisión de Regulación y/o haber remitido o entregado información incompleta o errónea.
2. No haber entregado a los encargados de efectuar las auditorías, la información y/o soporte requeridos para su desarrollo, en los términos y oportunidad solicitados.
3. Cambio del objeto del contrato y de la destinación de los recursos o administración de éstos en cuentas no autorizadas para su manejo o no registradas ante la entidad a la que corresponda los recursos.
4. Realización de operaciones financieras o de tesorería no autorizadas por la ley.
5. Registro contable de los recursos que no sigue las disposiciones legales vigentes.

6. Procesos cuyo objeto o actividades contractuales no se hallen orientados a asegurar la prestación del servicio en las condiciones definidas por la normatividad vigente, no cumplan con los fines para los cuales están destinados los recursos, o no aseguren el cumplimiento de metas de continuidad, cobertura y calidad en los servicios.

7. No disponer de interventores o supervisores y/o de un proceso de evaluación de informes de los interventores y supervisores.

8. No cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad en los bienes y servicios objeto del contrato según las condiciones exigidas por la Ley, los reglamentos y el Contrato incluidos sus apéndices.

9. Celebración de otrosíes y/o modificaciones o la ejecución de las actividades contractuales que no aseguren la provisión de bienes o la prestación del servicio en las condiciones definidas por la normatividad vigente y el Contrato o no aseguren el cumplimiento de metas de continuidad, cobertura y calidad en los bienes y servicios contratados.

10. Aquella situación que del análisis de la información obtenida en cualquier tiempo, resulte de inminente riesgo para la provisión de los bienes o la prestación adecuada del servicio o constituya desviación, uso indebido, ineficiente o inadecuado de los recursos aplicables al contrato.

Además la Comisión de Regulación debe reglamentar las condiciones para calificar los eventos de riesgo que ameriten la aplicación de medidas preventivas o correctivas en la entidad pública, teniendo en cuenta las particularidades y naturaleza de cada entidad.

Las medidas deben adoptarse mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual debe indicar el evento o eventos de riesgo encontrados, la evidencia que amerita la adopción de la correspondiente medida, el término durante el cual estará vigente, y las acciones a emprender por parte de la entidad. El acto administrativo debe ser de aplicación inmediata y contra este sólo puede interponerse el recurso de reposición, el cual se debe conceder en el efecto devolutivo. La adopción

de las medidas se debe efectuar por parte de la entidad responsable atendiendo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, continuidad y restablecimiento de la prestación de los servicios.

Para superar los eventos de riesgo identificados en las actividades de monitoreo o seguimiento, la entidad contratante objeto de análisis deberá elaborar y presentar, en un plazo razonable a partir de la comunicación de la medida, a consideración de la autoridad de Monitoreo, Seguimiento y Control, un plan de desempeño en el cual se obligue a desarrollar las actividades orientadas a mitigar o eliminar los eventos de riesgo en los términos y plazos que allí se fijen. Los compromisos que asuma la entidad pública deben ser de carácter unilateral y deberán ser ejecutados por las distintas administraciones, mientras el respectivo plan de desempeño se encuentre vigente. La no adopción del plan de desempeño en los plazos antes definidos, la no incorporación de los ajustes requeridos, o su incumplimiento, debe dar lugar a la aplicación inmediata de medidas correctivas por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

6.6.2. Las funciones de inspección, vigilancia y control

La Agencia Nacional de Contratación Pública propuesta debe contribuir a la eficaz planeación y gestión de la contratación pública para que le brinde mayor transparencia, dando respuesta a las debilidades institucionales ya mencionadas e igualmente asuma las funciones de inspección, vigilancia y control, con miras a garantizar la eficiencia, la eficacia, la economía y la oportunidad de la gestión contractual y con ello eliminar la corrupción y ante todo, proteger el fin último de la contratación que es el interés general y el mantenimiento de la confianza en las entidades públicas y en el Estado de Derecho, situación que a día de hoy se ve claramente vulnerada al tener la ciudadanía una pésima percepción del sector público, la cual ha llegado hasta el punto de que encuestas realizadas al sector empresarial arrojen un categórico 58% de empresarios que consideran que si no se paga sobornos, se pierden negocios.

Ahora en cuanto a la construcción de la nueva función de inspección desarrollada en este escrito para la así llamada *Agencia Nacional de Contratación Pública*, es menester aclarar que la función de inspección es vital para el buen funcionamiento de dicha entidad, toda vez que como ya hemos mencionado anteriormente la gestión nace desde una planificación ordenada y sistemática que

desarrolle correctamente las demás funciones, previendo que generen fallas del Estado al sistema de gestión contractual y evitando así que se ponga en peligro valores tan importantes como la transparencia y la objetividad en los procesos de selección, así como el interés de la sociedad, pues cuando se contrata un bien o servicio lo que se persigue es cubrir una necesidad estatal o por lo mismo dirigida a cumplir los fines en pro de la sociedad.

Como se ha vislumbrado anteriormente esta función busca conocer y verificar mediante la obtención de información con una leve y ocasional injerencia en el campo de acción de los contratos Estatales, hechos que han ocurrido o que están ocurriendo con motivo de la ejecución contractual. En este punto es necesario resaltar que por la adjudicación de un contrato no cesa la función contractual sino que la activa hasta que esté superada la necesidad que se espera obtener con el contrato, lo cual se verifica cuando se cumpla con las obligaciones del contrato y un tiempo prudencial más que asegure su completa y segura verificación. En esta medida se busca cumplir con la protección de una de las herramientas de política del Estado garantizando que exista un sistema de alertas tempranas.

La actuación debe limitarse a tres posibles escenarios de activación:

a. De manera oficiosa: en esta medida la entidad tendrá la posibilidad de solicitar información a cualquier entidad dentro de su rango de acción que sospeche pueda generar fallas del Estado con su proceso de selección o con su inadecuada gestión.

b. A solicitud de parte o de terceros interesados: en la medida que la contratación es muy amplia y variada es menester precisar que para activar la función de inspección todas las personas tienen la posibilidad de informar de posibles hechos que demanden la inspección de la entidad, así mismo a solicitud de la entidad o de los proponentes, contratistas o terceros interesados pueden solicitar el ejercicio de esta función.

c. Por la cuantía de los proyectos o cuando los contratistas adelanten un proyecto que el Estado considere o declare de importancia nacional: en lo referente a la cuantía de los proyectos y haciendo un símil con el régimen de sociedades, ciertos contratos pueden ser bastante onerosos o tener características especiales que generen que dicho contrato tenga mucho poder e incidencia dentro de

la marco de acción de la contratación estatal, tal y como lo hacen ciertas sociedades en el campo de la Superintendencia de Sociedades, y que por consiguiente sea de vital importancia para el Estado su inspección oportuna en aras de adelantar un proceso idóneo desde el punto de vista contractual. También cuando el propio Estado ha declarado el proyecto de importancia nacional como suele hacerlo mediante decisiones que periódicamente adopta el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES.

Ahora bien, es de anotar que dicha función de inspección en ningún momento sustituye la función de supervisión o la actividad de interventoría que le corresponde cumplir a las entidades contratantes las cuales deben seguir siendo las principales responsables de contrato.

En cuanto, a la vigilancia, es necesario precisar que consiste en una función mucho más avanzada que la de inspección, debido a que una vez recopilada la información para motivar la vigilancia de manera adecuada, la Agencia procederá a la confirmación de la situación jurídica, económica o contable del agente y con base en ella procederá a ordenar subsanar el comportamiento que se percibe como nocivo para el campo de acción; así mismo se podrá realizar de manera transitoria sobre los agentes -contratante, contratista, supervisor, interventor, financiador, garante o asegurador- en una determinada situación y mientras esta se supera, con el propósito de determinar las recomendaciones o correcciones que procedan.

Por último, la función de control consiste en atribuciones de mayor intensidad gubernativa que poseen las entidades que ostentan función de policía administrativa, mediante las cuales se supervisa el campo de acción y se procede a entrar a corregir irregularidades o situaciones anormales⁸⁷ que revisten el carácter de graves, de vital importancia y/o de pronta respuesta que se han generado por un agente o agentes que se han distanciado voluntaria o involuntariamente de los parámetros señalados por el marco normativo que rige el campo de acción y que no pueden ser corregidas mediante las funciones previamente señaladas de inspección y vigilancia, bien sea por una cuestión de imposibilidad derivada de su dificultad o por la necesidad de inmediatez que requiere.

⁸⁷ OLARTE RUSSY, Alexandra y URBIANA GALINDO, Liza. *Las funciones de inspección, vigilancia y control de las Superintendencias, su estructura y funciones*, Tesis Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 1999. Enlace: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS19.pdf>

El control que ejerza la Agencia Nacional de Contratación Pública (ANCP) sobre el contrato no puede ni debe ser entendido como en las Superintendencias, en el entendido de que esto configuraría una coadministración y una duplicidad de funciones las cuales están tanto injustificadas como prohibidas por la normativa colombiana.

Ello, sin embargo no cierra por completo la puerta a un control externo, ya que como podemos ver en los órganos autónomos de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la Republica), se pueden derivar controles una vez superada la órbita de gestión contractual propia de la entidad contratante, en el entendido que si bien ella mantiene una gestión completa del contrato en cada una de sus etapas, para que se dé cumplimiento y satisfacción a las obligaciones en él consagradas, ello no obsta para que en su connotación de parte pueda llegar a vulnerar los fines y principios de la contratación pública.

Así, pues, la competencia de control desarrollado por la ANCP no necesariamente genera una coadministración y por el contrario sí puede llegar a tener un carácter complementario a los controles anteriormente dispuestos por la Constitución y la ley para estos tópicos, sin que para ello se sobrepongan y generen duplicidad funcional.

En esta medida, lo primero que nos atañe es realizar una somera configuración de lo que tendría por objeto este control, ya que como lo vimos anteriormente, la similitud con la función de Ministerio Público puede ser fácilmente confundida en razón de los verbos rectores que utiliza y el campo de acción en el que se permite actuar a los órganos que lo componen. Por consiguiente, se debe precisar que la función de Ministerio Público busca la protección del interés de la sociedad y la garantía de los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad, dándole un campo abstracto que le permite participar en los procesos que tengan tanto carácter de función judicial como administrativo; lo cual no es semejante a la función de control que desempeñaría la ANCP debido a que esta última protege las garantías y derechos adquiridos en virtud de una convención contractual específica, derivando que su campo de acción sea mucho más concreta y se ciña a lo estipulado en el contrato, los principios fundamentales del Estatuto de Contratación Pública, los derechos y garantías que tienen sus partes. En esta medida se busca el respeto de los principios de la contratación

pública y sus fines, manteniendo una gestión paulatina y no invasiva sobre las actuaciones realizadas por los sujetos que participan en el contrato. Así mismo de esta función no se derivan sanciones disciplinarias para los agentes en el entendido que esta entidad no busca discernir si existe una falta grave por parte del funcionario que acarree su sanción mediante el proceso disciplinario, solo busca mantener el equilibrio en la gestión contractual de la entidad y la satisfacción de los artículos 24 a 30 de los que habla la Ley 80 de 1993, así como la protección de la confianza de la comunidad en sus entidades.

A su turno, en lo que respecta a cómo se ejerce el control, se debe mencionar que existen dos tipos de función administrativa que acarrear la posibilidad de control: en primera medida *“la activa, por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan”* y una de carácter *“pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa.”*⁸⁸ En este último campo se maneja la función de control desempeñada por la ANCP, en el entendido que será el funcionario público de la entidad contratante, quien debe llevar el contrato a buen puerto y solo cuando se vea vulnerado gravemente alguno de los elementos mencionados en el párrafo anterior dará cabida al uso de control por parte de la ANCP; así mismo y como ocurre en el campo de las Superintendencias, el control también podrá ser ejercido cuando superadas las funciones de inspección y vigilancia se mantenga la contingencia y se vea debidamente motivada la necesidad de intervenir en el control por parte de esta entidad.

La ANCP como se mencionó no busca la coadministración por lo que su control deberá darse solo cuando se superen el abanico de posibilidades que tiene la entidad contratante para subsanar la posible contingencia susceptible de control externo por la ANCP o cuando la entidad externa debidamente motivada argumente que sus controles tienen una dimensión más eficiente y eficaz para subsanar la contingencia. En virtud a esta función la entidad propuesta puede generar órdenes de obligatorio cumplimiento (so pena de sanciones pecuniarias) para corregir la actuación que ha dado origen a la función de control y puede ser producida por cualquiera de las partes del contrato estatal o sus

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

intervinientes. Estas órdenes así como la comunicación, por la cual se le informa a las partes la necesidad de ejercer el control, podrán ser susceptibles de ser alegadas mediante comunicación dirigida a la Agencia, con los motivos que desvirtúan su intervención y los cuales deben ser tratados como un recurso de reconsideración de la necesidad de actuar y no como una oposición que excluye la posibilidad de control.

Este control también debe ser regulado legalmente, en el entendido que afecta garantías y derechos de los intervinientes en el contrato, bajo escenarios o supuestos en los que la entidad puede actuar. Esta función adicionalmente es competencia de la ANCP y solo ella en ejercicio de los informes obtenidos en la inspección o documentos suministrados por las partes u otros agentes interesados motivará y comunicará a las partes interesadas el comienzo de control. Esto no evita que a solicitud de parte y con el carácter de recomendación a la entidad se le informe de una situación que requiere la atención de otros entes de control. Esta solicitud puede hacerse por las partes, los órganos de control o por cualquier ciudadano que en desarrollo de los supuestos de derecho positivo que se han mencionado encuentren fundada la necesidad de control.

El control de la ANCP debe durar hasta que se supere la contingencia que haya dado lugar a esta función y así mismo debe tener un periodo razonable, evitando así formar un órgano de administración para las entidades que desvirtúe los parámetros de contratación desarrollados en el Estatuto de Contratación Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios); por lo demás, el control solo se debe predicar en el ámbito concreto de la contingencia y bajo ningún supuesto puede extenderse a otras funciones de la entidad o a otros contratos.

La intervención que tendría la ANCP se debe establecer para evitar la paralización del contrato o la afectación grave de los servicios públicos prestados por el particular, lo cual, como se vio en el Contrato IDU-137 de 2007, de obra pública de la calle 26, o el Contrato de Concesión de la Ruta del Sol, Sector 2, puede generar afectaciones graves al patrimonio público y al interés general de la sociedad, generando así sobrecostos imprevistos derivados del incumplimiento grave del contratista y el fallo de la entidad en su gestión. En esta medida se propone la configuración de una función interventora que genere la toma de posesión sobre el contrato Estatal específico que se encuentra en una vulneración gravísima de los principios de la contratación pública.

Esta figura jurídica propuesta se predicará por un periodo transitorio en el cual la entidad responsable del contrato deberá efectuar un proceso de selección, cualquiera que este sea, para asignar un nuevo contratista que asuma dicho contrato.

Sobre el particular es necesario precisar que la función de intervención se ha mencionado de manera esporádica en los articulados referentes a la implantación de la caducidad, lo cual, sin embargo, no ha sido desarrollado en forma adecuada y eficientemente por el legislador, generando que a día de hoy se consagre la posibilidad, pero ninguna entidad se encuentre capacitada integralmente para asumirla, por lo que la función de intervención consagrada en el inciso 2 del artículo 18 de la Ley 80 de 1993,⁸⁹ no es susceptible de ser aplicable en el campo práctico.

La anterior disposición adicionalmente contiene un problema sistemático importante, que es la asunción del contrato por parte de las entidades contratantes, las cuales por ser parte del contrato gozan de un interés que si bien debe ser conjunto con el del particular, también es específico a la consecución de los fines para los que celebró el contrato, generando así que no se pueda derivar de su actuar una posición totalmente neutral, lo cual podría resultar en conflicto de intereses, así como tampoco sería viable en la práctica que la entidad ejerciera las cargas presupuestales derivadas de la toma de posesión del contrato y la solución aportada por la norma de derivarlo en un tercero podría verse afectado el principio de transparencia y selección objetiva que desarrolla la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, la operación a seguir es la creación de una entidad especializada como la propuesta que pueda entre sus funciones generar una intervención justa y oportuna para las partes, que, si bien afecta el normal funcionamiento del campo de acción del contrato Estatal, también permita responder a una situación extraordinaria que en principio afecte el común y adecuado funcionamiento de la contratación pública en Colombia. Sobre el particular es necesario mencionar que la función de

⁸⁹ El cual establece “En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad **contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista**, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.”

intervención aquí propuesta tendrá una combinación jurídica de las funciones anteriormente reseñadas en las Superintendencias y tomará distancia exclusivamente en el objetivo que se busca intervenir.

En primera medida la intervención busca atacar al contrato que se encuentra incumplido y/o abandonado, esta configuración jurídica será de vital importancia toda vez que no buscará bajo ninguna premisa afectar el funcionamiento adecuado del contratista y de los contratos que efectivamente en su mayoría cumplen con los objetivos previstos. Ni tampoco la intervención aquí propuesta es de por sí obligatoria en los contratos con un grado de incumplimiento, debido que para ello ya se tienen las medidas relativas a la cláusulas excepcionales del derecho común que ostenta la entidad contratante y que varían según el contrato, así como los demás controles penales, fiscales, civiles, disciplinarios, etc. que harían ineficiente y hasta repetitiva una medida adicional contra el contratista.

Sin embargo, el campo de acción del contrato es una órbita jurídica totalmente distinta, en el entendido que al atender al contrato se garantiza su no paralización y los supuestos de adecuado funcionamiento, gestión y consecución de los fines Estatales que busca la medida, sin afectar de manera directa y abrupta las condiciones del contratista, en los demás contratos celebrados con otras entidades. Por consiguiente, esta medida buscará bajo los fines de: protección del interés de la sociedad y el mantenimiento de la confianza del pueblo en sus entidades, el retirar el contrato adjudicado por cualquier tipo de proceso de selección, a un contratista cuando exista una causa que afecte de manera absoluta su validez o una causa que genere el grave y ostensible incumplimiento de sus obligaciones que pueda dar lugar a la falta de prestación de un servicio estratégico (Ej. La comida de menores de edad en colegios oficiales que atienden poblaciones vulnerables) o por el abandono de un contrato que hace ostensible la necesidad de intervenir para rescatar lo que se ha hecho o para evitar graves deterioros de las funciones estatales o del patrimonio público. Es claro que esta intervención tiene un aspecto mucho más grande que no debe ser pasado por alto, en el entendido que dicho incumplimiento a priori sería imputable al contratista, pero nada obsta para que condiciones jurídicas que la entidad genere y de las cuales se derive el incumplimiento o la imposibilidades para continuar con el ejercicio de la obra, labor o servicio contratado, sea susceptible tomar posesión del contrato y que posteriormente mediante las vías ordinarias se resuelva la disputa contractual que suscita esta medida.

Esta medida se configura como una de las medidas más agresivas del ordenamiento frente al contrato que por problemas o defectos de las partes o del mismo contrato no puede ser ejecutado con el cumplimiento de la totalidad de obligaciones derivadas del mismo, generando así que una entidad totalmente especializada sobre el particular y neutral ante las partes tome el contrato.

De esta naturaleza también es importante destacar que existen dos caminos como tradicionalmente se han visto en la toma de posesión de las corporaciones anteriormente reseñadas: (i) **la reestructuración del contrato**: la cual configura una medida de solución en la cual se busca una protección y un continuo y real cumplimiento del contrato por parte del contratista, guiando lo mediante lineamientos obligatorios derivados de un acuerdo con la entidad, el contratista y la ANCP, la cual fungirá como un órgano de autoridad que busca subsanar las fallas en pro de evitar un mayor grado de intervención; de no ser posible y solo una vez surtido dicho proceso, tal y como se observa que se realiza en el campo de las sociedades comerciales con el plan de reestructuración desarrollado por la Ley 1116 de 2007 se propenderá por un mayor nivel de injerencia el cual será retirar al contratista, lo cual se hará en consideración y observancia de los principios de la contratación pública, así como los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, eficiencia, transparencia, buena fe contractual y garantía de los derechos de las partes contratantes, por lo que se deberá generar un deber de información en el momento que la entidad tome la decisión de tomar posesión, esta decisión debido a la inmediatez que requiere el actuar y a la configuración misma de la entidad que veremos en el siguiente capítulo solo podrá reponerse ante la ANCP, quien es la única competente para determinar cuándo y cómo se hará dicha posesión, y quien en seguimiento de una gestión señala en qué funciones de inspección, vigilancia y control encuentra fundada la necesidad de intervenir. Ello por supuesto, no obsta para que la entidad contratante ponga en conocimiento del interventor las razones por las cuales considera o no considera pertinente la medida, las cuales deberán ser analizadas antes de imponerse y en lo posible desestimadas o adicionadas al acto que motive la intervención.

La medida se haría por un periodo no mayor a 6 meses, prorrogables hasta por un periodo igual, en el cual la entidad contratante, tendría la obligación de generar un proceso expedito de contratación paralelo, en observancia del proceso de selección que la ley permita para el contrato y el cual deberá

ser ágil⁹⁰. Este proceso de selección deberá estar debidamente cimentado en los estudios y configuración de la necesidad del contrato intervenido, los cuales deberán ajustarse y actualizarse de ser necesario.

En este periodo la entidad propuesta ANCP fungirá como contratista sin que a ella pueda ser oponibles sanciones y/o potestades que la entidad contratante posea. El actuar de la ANCP se restringirá a la interpretación literal del contrato y al cumplimiento del fin del contrato sin responder a ningún lineamiento externo dado por la entidad o los particulares; las modificaciones del contrato quedan proscritas hasta la adjudicación del nuevo contrato.

Una vez seleccionado el nuevo contratista, se procederá a la adjudicación del contrato por parte de la entidad tal y como en un proceso de selección ordinario, este supuesto se podrá dar en dos momentos **(a.) si la adjudicación del contrato se hiciera durante el periodo señalado para la intervención:** es oportuno señalar que la entidad retomará el contrato en el estado en el que se encuentre y lo hará de manera inmediata (solo obedeciendo a un plazo razonable en el que la ANCP se retire), la ANCP deberá informar al contratista del avance de la obra, labor y/o servicio prestado, dar un inventario de lo que exista al momento de entregar el contrato y la existencia de algún problema si lo existiera. El contrato una vez asumido por la entidad contratante se entregará al nuevo contratista quien se obliga en los términos del nuevo contrato y los informes presentados por la entidad, en caso de discrepancia o imposibilidad para aceptar dicho contrato se retomará la posesión hasta que se supere la discrepancia, se asigne a otro contratista o se termine el plazo ya señalado, el cual será acumulativo con relación al tiempo en el que se ejerció la posesión a priori y el tiempo en el que reasume la posesión en ningún caso superara el año.

El segundo momento será (b.) **cuando se ha vencido el plazo de intervención:** en este caso se debe retomar el supuesto anteriormente señalado en el que se establece el tiempo, este será de 6 meses y solo será prorrogable por un periodo igual cuando sea imposible bajo cualquier escenario legal la

⁹⁰ El expedito o ágil se referirá a la velocidad administrativa de la entidad, quien deberá priorizar la configuración del contrato en todas sus etapas de manera rápida, en el entendido que el desarrollo jurídico de la necesidad, así como la configuración, se encuentra ampliamente desarrollada por el proceso de contratación anterior y el cual solo deberá ajustarse y actualizarse para su adjudicación. Esto bajo ninguna circunstancia es una excepción legal para celebrar el contrato de forma distinta a lo dispuesto por el legislador en los articulados de los que trata los procesos de selección.

retoma del contrato por parte de la entidad contratante, este término no es una posibilidad para que la entidad contratante tome un tiempo injustificado para la adjudicación del contrato, deberá ser totalmente excepcional debidamente motivado por la entidad contratante bajo criterios de imposibilidad real (lo cual supone el desplegar todos los elementos jurídicos con los que cuente para la adjudicación), la ANCP tendrá la potestad discrecional de aceptar o no la encomienda por este nuevo periodo y lo hará siempre en observancia de los criterios que entregue la entidad contratante como motivación, los cuales se deberán analizar bajo los parámetros de la sana crítica. Si en este caso y una vez superado el periodo de intervención no se ha logrado encontrar al contratista adecuado, la entidad reasumirá el contrato en el estado en el que se encuentre, con los mismos informes de la ANCP de los que habla la anterior situación.

La sanción que se deriva de la no adjudicación del contrato en este periodo de intervención se entenderá como falta grave del funcionario y será susceptible de los demás controles que generen las correcciones y sanciones respectivas, cada una en su campo de acción.

Durante el periodo de intervención la ANCP se compromete a generar los informes de asunción del contrato (en el entendido que ha sido un periodo que los demás contratistas toman caso por ejemplo del contrato de la calle 26 ya mencionado, donde el segundo contratista pide un periodo transición para saber las condiciones de la obra), los informes para la retoma del contrato por parte de la entidad, detectar posibles fallas o sobre costos en los que pueda incurrir la entidad o el contratista en caso de asumir; y finalmente tendrá la posibilidad de adelantar el contrato. En este punto es importante expresar que la ANCP al tener un carácter mixto entre entidad pública y calidad de particular sin ser uno, se ciñe solamente a lo que menciona el contrato intervenido, y solo tendrá que avanzarlo con arreglo a estos límites, si lo encuentra imposible por razones legales y/o técnicas deberá hacer las funciones anteriormente reseñadas; sobre ella no operan las medidas y/o potestades excepcionales del derecho común, ninguna, y mucho menos la interpretación unilateral en el entendido que esta es una operación para superar una situación transitoria y no permanente del contrato “*con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado*”⁹¹ por lo que las modificaciones que sufra el contrato podrían hacer inviable el proyecto por la ANCP.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

Su misma calidad como entidad de ejercicio mixto le da la posibilidad de adelantar el contrato como privado, para lo cual es de denotar que como ella ocupa la posición del contratista en el contrato podrá celebrar contratos de manera directa guiándose por los parámetros del derecho civil y comercial, para lo que sea contratar planta de personal, materiales y todas aquellas cosas que el contrato le permita hasta por 6 meses y su prolongación (en esta medida debe restringirse a lo que le sea posible en este plazo y no podrá contratar ningún bien o servicio con vocación superior a estos 6 meses), no podrá bajo ninguna premisa contratar servicios y/o bienes durante el periodo y los cuales se ejecuten una vez superados los 6 meses) ; así mismo exigir los desembolsos de dinero, según lo dicte el contrato, para la ejecución del mismo. Sobre este punto es necesario aclarar que debido a poder ser un foco de corrupción importante, la Contraloría de la República deberá mantener un control fiscal constante de carácter preventivo, previo y posterior, y el cual se justifica debido a que no se configura la coadministración por no estar fungiendo actividad como entidad sino como particular.

Así mismo la entidad promoverá la participación del Ministerio público en los temas que por la constitución y la ley se encuentre legitimado para hacer y no se opondrá ni retrasará ninguno de sus requerimientos bajo ninguna circunstancia.

El otro escenario en el que puede generar la intervención es **(ii) la liquidación:** tal y como en la reestructuración esta se promoverá únicamente cuando se supere una etapa previa donde se demuestre con argumentos jurídicos los escenarios de incumplimiento y/o abandono de las obligaciones del contrato y la total imposibilidad de que el contratista continúe con su ejecución; sobre este específico proceso recae una limitación clara si bien el Estado no puede liquidar bienes o personas jurídicas cuyo contenido se distancie de su respectivos campo de acción en este caso el contrato, si es viable liquidar aquellas empresas que derivan su surgimiento de él, en esta medida la liquidación solo se circunscribe a dos figuras en la actualidad (sin perjuicio que nuevas configuraciones permitan su extensión) (1.) las promesas de sociedad futura (2.) las sociedades de objeto único, este tipo de sociedades serán susceptibles de liquidación en la medida que su nacimiento se da solamente en el entendido que se adjudique el contrato. En esta medida, la liquidación generará que los bienes aportados a dichas sociedad sean susceptibles de ser vendidos para amortizar el daño o perjuicio que se le ha generado el contratista liquidado al patrimonio del Estado, debido a que esto se hace en virtud de una

declaratoria por parte de un juez o de una entidad con función judicial y esta entidad no tiene esta vocación, se restringirá, a retener los bienes de estas sociedades contratista si encuentra fundada la necesidad, almacenarlos y costear los costos por si misma hasta que se dicte sentencia, una vez dictada sentencia se le rembolsará por parte del culpable (entidad contratista o contratante) lo gastos de almacenamiento y se pondrá a disposición del juez los bienes para su liquidación; esto con el objetivo de evitar una insolvencia fraudulenta que haga excesivamente oneroso el pagar las acreencias por parte del particular a la entidad contratante y a la que funge como una suerte de secuestro de los bienes.

7. Conclusiones

a. La contratación estatal es uno de los principales instrumentos para la ejecución de las políticas públicas y, por lo tanto, de manera especial, de la gestión pública, para la ejecución de los recursos públicos sea que ellos estén incorporados en el Sistema Presupuestal General de la Nación, en los Esquemas Presupuestales de los Sistemas Generales de Participaciones, en los Sistemas Presupuestales de las entidades territoriales e, inclusive, en los presupuestos de las entidades privadas que recaudan, administran, invierten o destinan recursos de origen público.

b. La contratación estatal debe observarse bajo dos ópticas: la primera, referida a las clases de contratos cuya tipología, requisitos de existencia y validez y demás aspectos relacionados con su contenido y alcance están definidos principalmente en el derecho común y solo en algunos casos especiales por las reglas de derecho público; la segunda, que se refiere a los mecanismos de estructuración, planeación, sistemas y procedimientos de selección, adjudicación, celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal, los cuales se regulan íntegramente por normas de derecho público, conforme a un régimen común contenido en el Estatuto General de Contratación o a regímenes especiales contenidos en normas especiales.

c. Colombia actualmente necesita seguir modernizando su sistema jurídico de contratación, en la medida que si bien, actualmente cuenta con herramientas legales y entidades constituidas capaces coordinar y administrar parte del sistema de contratación público, sigue manteniendo falencias en

este tópico, referentes a la imposibilidad de intervenir de manera oportuna cuando evidencia actos de corrupción o de simple negligencia por cualquiera de los participantes en la contratación, situación que ya ha sido analizada y desarrollada tanto por la así llamada *Misión de Contratación* como por los CONPES 3126 de 2002 y 3249 de 2003 y cuyas recomendaciones aún no se han cristalizado en la legislación colombiana.

A su turno, se evidencia como múltiples normativas y sentencias de las que ya se ha hecho mención de manera separada dejan denotar la necesidad de que el Estado cuente con un organización especialista y rectora de la contratación, capaz de coordinar, dirigir, seguir, monitorear, inspeccionar, vigilar y controlar administrativamente la planeación y la gestión pública contractual a cargo de todas y cada una las entidades que integran la administración pública en todos los órdenes y niveles, así como de los particulares que administran recursos de origen público que se utilizan mediante la celebración de contratos y los que por ello se les aplica los principios de la contratación.

Por lo mismo, se requiere que mediante dicha entidad se empiecen a superar problemas que han sido persistentes en el sistema de contratación, producido por la normatividad dispersa entre leyes, decretos y demás actos administrativos no armonizados adecuadamente, del mismo modo que los problemas derivados del extenso volumen de la jurisprudencia de las tres altas cortes que lejos de dar claridad al problema, reducen la seguridad jurídica, así como la confianza y claridad que tienen los funcionarios sobre la normativa en el campo de la contratación. Problemas todos ellos que hace considerablemente más arduo el ejercicio de la gestión contractual por parte de los funcionarios que participan de manera directa o indirecta en la concreción del objeto del contrato y así mismo que perjudica el entendimiento del sistema y como participar en el a los contratistas, terceros interesados, ciudadanía y órganos de control.

En esta medida y como propósito esencial que persigue el presente estudio para llenar este vacío, se propone la creación tanto de una Comisión de Regulación de Contratación Pública, así como de una Agencia Nacional de Contratación Estatal, con la finalidad principal de promover una gestión adecuada del sistema contractual y, de contera, restablecer la confianza en el sistema de contratación estatal.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL

Referencias

- BENAVIDES, JOSÉ LUIS (2004), EL CONTRATO ESTATAL, ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO, SEGUNDA EDICIÓN, BOGOTÁ.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS (2013), TRATADO GENERAL DEL CONTRATO PÚBLICO, EDITORIAL LA LEY, BUENOS AIRES
- CHARRIS BENEDETTI, J. P., & LLAMAS FOLIACO, A. C. (2016). EL RIESGO INHERENTE AL PROVEEDOR COMO CRITERIO PREVENTIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. REVISTA DERECHO DEL ESTADO, (37), 95-125. DOI:10.18601/01229893.N37.03
- COMISIÓN EUROPEA (2014). INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO. INFORME SOBRE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA UE. BRUSELAS, 3.2. 2014 COM.
- COMISIÓN NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN (2016). LA CORRUPCIÓN TRIUNFA EN DONDE LA CIUDADANÍA CALLA. VI INFORME DE SEGUIMIENTO A COMPROMISOS ANTICORRUPCIÓN. BOGOTÁ.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, FELIPE (2007), CONTRATACIÓN ESTATAL: ASPECTOS CONTROVERSIALES MEMORIAS IV JORNADAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL, COLOMBIA, ED. UNIANDES.
- ECHEVERRY, JUAN CARLOS, DIRECTOR. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN ENTIDAD CONTRATANTE DEL ESTUDIO (2002), MISIÓN DE CONTRATACIÓN, TOMO I, COLOMBIA, BOGOTÁ D.C, ED. GIRO EDITORES LTDA.
- ECHEVERRY, JUAN CARLOS, DIRECTOR. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN ENTIDAD CONTRATANTE DEL ESTUDIO (2002), MISIÓN DE CONTRATACIÓN, TOMO II, COLOMBIA, BOGOTÁ D.C, ED. GIRO EDITORES LTDA.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO (2003). TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SEGUNDA REIMPRESIÓN AUMENTADA – PRIMERA EDICIÓN 1999. Ed. LEGIS.

- ESTEBAN, M. M., FRAGA, M. V., & DE OLANO, G. G. (2007). LA FUTURA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ACTUALIDAD JURÍDICA (1578-956X), (16), 41-55.
- EXPÓSITO VELEZ, JUAN CARLOS (2003). LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL- ANÁLISIS DE LA SELECCIÓN DE CONTRATISTA, REIMPRESIÓN CORREGIDA Y AUMENTADA. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- FERRER MAESTRO, JUAN JOSÉ (2008), LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y EL PODER PRIVADO EN LA REPUBLICA ROMANA. UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓN.
- FRANCISCO REYES VILLAMIZAR (2016), DERECHO SOCIETARIO VOLUMEN 1, TEMIS
- FRIEDMAN, ROSE Y MILTON (1983): LIBERTAD DE ELEGIR. EDITORIAL. ORBIS, BARCELONA.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (1986), CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, EDITORIAL CIVITAS, MADRID, TOMO II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1963) LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, ESPAÑA-MADRID, 1963. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
- GORDILLO, AGUSTÍN (2004), TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO 1, PARTE GENERAL, CAPÍTULO I, OCTAVA EDICIÓN, BUENOS AIRES.
- GUTIÉRREZ HERRÁN, ÓSCAR FABIÁN (2017) LA “ASUNCIÓN DEL CONTRATO” POR PARTE DE LOS FINANCIADORES EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA, REVISTA: ÁMBITO JURÍDICO. ED. LEGIS.
- HAURIUO, MAURICE (2003), PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL. EDITORIAL COMARES, S.L, GRANADA
- IVANEGA, M. M. (2011). EL PROCEDIMIENTO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA. DERECHO PUCP, (66), 257-276.

- JEAN-YVES PERROT Y GAUTIER CHATELUS. FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS COLECTIVOS.

- MENDOZA TORRES, ARNALDO DE LA CAPACIDAD Y LA COMPETENCIA DEL ESTADO PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS. (1997). REVISTA DE DERECHO, (7), 1-11.

- MONEDERO GIL, JOSÉ IGNACIO (2015) DOCTRINA DEL CONTRATO DEL ESTADO, TESIS INÉDITA DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, FACULTAD DE DERECHO, MADRID.

- OCDE. INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. BUENAS PRÁCTICAS DE LA “A” A LA “Z”. ENLACE: <HTTPS://WWW.OECD.ORG/FR/GOV/ETHIQUE/38947794.PDF>”.

- OLARTE RUSSY, ALEXANDRA, URBIANA GALINDO, LIZA (1999), TESIS: LAS FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SUPERINTENDENCIAS, SU ESTRUCTURA Y FUNCIONES, PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, BOGOTÁ D.C. ENLACE: <HTTP://WWW.JAVERIANA.EDU.CO/BIBLOS/TESIS/TESIS19.PDF>

- ORDOÑEZ ORDOÑEZ, A. E. (2012). EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ESTATALES, CONSTITUIDA A TRAVÉS DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO. REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS, 21(37), 149-190.

- RAVIER, ADRIÁN (2011): EL DEBATE ENTRE HAYEK Y KEYNES, REVISTA EL CATO, FECHA DE PUBLICACIÓN. ENLACE: <HTTP://WWW.INSTITUTOACTON.COM.AR/ARTICULOS/8ARTRAVIER7.PDF>

- RODRÍGUEZ FLORES, M. A. (2014). PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. REVISTA VOX JURIS, 27(1), 125-136.

- ROJAS CALDERÓN, C. (2014). LA CATEGORÍA JURÍDICA DE LOS "SERVICIOS PRIVADOS DE INTERÉS PÚBLICO". EL CASO DE LAS JUNTAS DE VIGILANCIA DE RÍOS. REVISTA CHILENA DE DERECHO, 41(1), 171-204

- SANDOVAL PEÑA, V. A. (2015). NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL POR VIOLACIÓN DEL DEBER DE PLANEACIÓN. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, (35), 1-27. DOI:10.15425/REDEPUB.35.2015.
- SANINT, P. B., & CUBILLOS RODRÍGUEZ, L. M. (2013). ANÁLISIS CRÍTICO DEL AMPARO DE BUEN MANEJO DE ANTICIPO, DE CARA A LAS FACULTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA. REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS, 22(39), 113-161.
- SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO (2009). LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA, PRIMERA EDICIÓN LEGIS.
- SUAREZ BELTRÁN, GONZALO (2014). ESTUDIOS DE DERECHO CONTRACTUAL PUBLICO PRIMERA EDICIÓN LEGIS - PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
- TECNOS (2009), LOS PRIMEROS CÓDIGOS DE LA HUMANIDAD. ESTUDIO PRELIMINAR, TRADUCCIÓN Y NOTAS DE FEDERICO LARA PEINADO Y FEDERICO LARA GONZÁLEZ. TECNOS, CLÁSICOS DEL PENSAMIENTO. SEGUNDA EDICIÓN, MADRID.
- TECNOS (2012) CÓDIGO DE HAMMURABI. ESTUDIO PRELIMINAR, TRADUCCIÓN Y COMENTARIOS DE FEDERICO LARA PEINADO. TECNOS, CLÁSICOS DEL PENSAMIENTO. REIMPRESIÓN DE LA CUARTA EDICIÓN DE 2008, MADRID.
- VON IHERING, RUDOLF (2003), LA LUCHA POR EL DERECHO, BIBLIOTECA VIRTUAL UNIVERSAL, EDITORIAL DEL CARDO. ENLACE <HTTP://WWW.BIBLIOTECA.ORG.AR/LIBROS/1721.PDF>.
- WILCHES-DURÁN, R. E. (2008). VACÍOS E INCONSISTENCIAS ESTRUCTURALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL COLOMBIANO. IDENTIFICACIÓN Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN. VNIVERSITAS, (117), 197-218.

NORMAS COLOMBIANAS

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

2. DECRETOS

- Decreto 220 de 1957
- Decreto 2880 de 1959

- Decreto 222 de 1983 (Derogado)
- Decreto 663 de 1993
- Decreto 028 de 2008
- Decreto 4170 de 2011
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 1082 de 2015

3. LEYES

- Código Fiscal de 1873
- Código Fiscal de 1912
- Código de Régimen Político y Municipal de 1913
- Acto Legislativo 03 de 1910
- Ley 4 de 1964
- Decreto 150 1976
- Ley 80 de 1993
- La Ley 105 de 1993
- La Ley 142 de 1994
- La Ley 222 de 1995
- La Ley 489 de 1998
- La Ley 489 de 1998
- La Ley 1116 de 2006
- La Ley 1150 de 2007
- La Ley 1474 de 2011

4. CONPES

- CONPES 3146 de 2002
- CONPES 3249 de 2003

JURISPRUDENCIA

1. CORTE CONSTITUCIONAL:

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-557, octubre 15 de 1992. Bogotá D.C, M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-214, 28 de abril de 1994, Bogotá D.C., M.P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-366, 14 de agosto de 1996, Bogotá D.C., M.P.: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-597, noviembre 6 de 1996. Bogotá D.C., M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-535, octubre 23 de 1997. Bogotá D.C MP.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-189, mayo 6 de 1998. Bogotá D.C M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-145, marzo 12 de 2009. Bogotá D.C. M.P.: NILSON PINILLA PINILLA.

2. CONSEJO DE ESTADO:

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia del 16 de febrero de 2001. Rad. 16596.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Rad. 76001-23-31-000-1994-9876-01 (12859).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE. Sentencia del 31 de octubre de 2002. Rad. 52001-23-31-000-2000-1059-01 (AP-518).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de marzo de 2011. Rad. 07001-23-31-000-1998-00009-01 (17072). Sección Tercera. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Bogotá D.C, abril 24 de 2013.C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00403-01 (15596). Bogotá D.C, febrero 18 de 2010. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado número: 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045). Bogotá D.C. 15 de diciembre 2017 C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00107-01(28010). Bogotá D.C., marzo 22 de 2007. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939). Bogotá, D.C. marzo 27 de 2014. C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 15001-23-31-000-1995-15535-01(Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección 29427). Bogotá D.C., abril 13 de 2015. C. P.: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.
- CONSEJO DE ESTADO, C. Radicación número: 73001-23-31-000-2003-00634-01(37566).Bogotá D.C., junio 4 de 2015. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02277-01(29366). Bogotá D.C., mayo 29 de 2014 C.P: DANILO ROJAS BETANCOURT.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-02240-01(29473). Bogotá D.C. febrero 13 de 2015. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01015-01(28039). Bogotá D.C., abril 9 de 2015. C.P.: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-11978-01(26643). Bogotá D.C., enero 30 de 2013. C.P.: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad.: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Bogotá D.C. marzo 18 de 2010.C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, Exp. No. 2500023410000201700083-00, Bogotá, D.C., 9 de febrero de 2017
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección A, Exp. No. 2500023410000201700083-00, Bogotá, D.C., Ref. audiencia de verificación de cumplimiento de medidas cautelares 21 de julio de 2017.