

# REFLEXIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN COLOMBIA

**Marta Nubia Velásquez Rico (editora)**

---

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO | II. EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES UNILATERALES EN LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS | III. ESTADO DE LAS POTESTADES CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN | IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES | V. LA SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA: UNA PROBLEMÁTICA INACABADA | VI. REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL, ASPECTOS PRESUPUESTALES | VII. LAS GARANTÍAS, LA DECLARACIÓN DEL SINIESTRO Y LA TASACIÓN DE PERJUICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL | VIII. EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO: NUEVOS RETOS PARA MANTENER SU VIGENCIA | IX. NULIDADES DEL CONTRATO ESTATAL: PRINCIPALES PUNTOS DE DISCUSIÓN | X. POSIBILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LIQUIDACIÓN EXTRA TEMPORAL | XI. CONTRATACIÓN INDEBIDA: PROSCRIPCIÓN A LA VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. CORRUPCIÓN Y DELITO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

---





**REFLEXIONES SOBRE LA  
CONTRATACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO EN COLOMBIA**



# **REFLEXIONES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO EN COLOMBIA**

**Marta Nubia Velásquez Rico**

**Editora**



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

Bogotá D. C.  
2019

## CATALOGACIÓN EN LA PUBLICACIÓN UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia / Marta Nubia Velásquez Rico, editora. -- Primera edición. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2019.

334 páginas. -- (Serie Libros de Texto ; 18)

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo

ISBN 978-958-783-784-1 (rústica). -- ISBN 978-958-783-785-8 (e-book). -- ISBN 978-958-783-789-6 (impresión bajo demanda).

1. Colombia -- Consejo de Estado -- Aspectos jurídicos 2. Contratos públicos -- Normas -- Colombia 3. Excepciones (Derecho) -- Colombia 4. Derecho civil -- Colombia 5. Responsabilidad contractual -- Colombia 6. Jurisprudencia -- Colombia 7. Corrupción administrativa -- Colombia 8. Siniestro jurídico I. Velásquez Rico, Marta Nubia, 1959-, editor II. Serie

CDD-23 352.53809861 / 2019

### ***Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia***

#### **Serie Libros de Texto**

© **Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá**  
**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**

**Primera edición, 2019**

© **Marta Nubia Velásquez Rico, editora, 2019**

© **Marta Nubia Velásquez Rico, Sebastián Morillo Carrillo, Daniel Ocampo López, Édgar González López, Julián David Chala Hernández, María Paula Feliciano Acero, Nicolás Bernal Poeti, Álvaro Enrique Calderón Salazar, Santiago José Ayala Gómez, Nathalia Andrea Vásquez Orjuela, Nicolás Reyes Velandia, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, autores, 2019**

#### **Comité de Publicaciones**

André-Noël Roth Deubel

*Vicedecano de Investigación y Extensión y director del Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus*

Jorge Enrique Carvajal

*Director del Área Curricular de Derecho*

Carolina Jiménez Martín  
*Directora del Área Curricular de Ciencia Política*

Bernd Marquardt  
*Director de la revista Pensamiento Jurídico*

Silvia Cristina Mantilla  
*Directora de la revista Ciencia Política*

### **Preparación editorial**

Unijus, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina  
[http://derecho.bogota.unal.edu.co/publicaciones/insisjpg\\_bog@unal.edu.co](http://derecho.bogota.unal.edu.co/publicaciones/insisjpg_bog@unal.edu.co)  
(57+1) 3165000, exts. 29264 y 29266  
*Diagonal 40 A Bis n.º 15-38, Complejo Casa Gaitán*

André-Noël Roth Deubel  
*Director*

Juan Sebastián Solano Ramírez  
*Coordinador editorial*

Ángela María Herrera Castillo  
*Coordinadora académica*

Paula Alejandra Enciso  
*Coordinadora administrativa*

Laura Melissa Ruano Chacón  
*Diseñadora gráfica*

### **Diseño original de la Serie Libros de Texto**

Natalie Galindo Malaver

### **Corrección de estilo**

Erika Mesa Díaz

### **Conversión a ePub**

Mákina Editorial  
<https://makinaeditorial.com/>

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización del titular de los derechos patrimoniales.

# TABLA DE CONTENIDO

## Lista de siglas y acrónimos

### Presentación

## I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO / MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Regímenes de contratación

Normas aplicables

Asuntos de importancia

A modo de conclusión

Referencias

## II. EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES UNILATERALES EN LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS / SEBASTIÁN MORILLO CARRILLO

Introducción

Las cláusulas excepcionales en los regímenes exceptuados

Las *potestades unilaterales* en los regímenes exceptuados

Las facultades unilaterales de derecho privado

Las clases de unilateralidades

Naturaleza de los actos mediante los cuales se ejercen las unilateralidades

Conclusión

## Referencias

### III. ESTADO DE LAS POTESTADES CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN / DANIEL OCAMPO LÓPEZ

#### Introducción

Desarrollo en el tiempo de las potestades contractuales del Estado

Algunas implicaciones de la clasificación actual

Un escenario más amplio

Un entendimiento más coherente

Conclusiones

Referencias

### IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES / ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

#### Aspectos generales

La problemática: situaciones jurídicas suscitadas en el procedimiento de selección

La perspectiva para abordar su discusión y solución

La Ley 1882 de 2018: soluciones y problemas de la nueva ley

Referencias

### V. LA SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA: UNA PROBLEMÁTICA INACABADA / JULIÁN DAVID CHALA HERNÁNDEZ Y MARÍA PAULA FELICIANO ACERO

#### Introducción

La oferta y el pliego de condiciones en la contratación estatal

La subsanabilidad de la oferta

La problemática de la tesis amplia del Consejo de Estado sobre la subsanabilidad de la oferta

Una propuesta más acorde con el régimen de la contratación estatal

Conclusiones generales

Referencias

## VI. REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL, ASPECTOS PRESUPUESTALES / NICOLÁS BERNAL POETI

Introducción

La disponibilidad presupuestal

El registro presupuestal

¿Un contrato estatal es un acto administrativo?

¿Es posible una interpretación extensiva del artículo 71 del Decreto 111 de 1996 sobre el registro presupuestal como requisito de perfeccionamiento del contrato estatal?

El registro presupuestal como requisito de ejecución del contrato estatal

Consecuencias del incumplimiento del registro presupuestal

Conclusiones

Referencias

## VII. LAS GARANTÍAS, LA DECLARACIÓN DEL SINIESTRO Y LA TASACIÓN DE PERJUICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ÁLVARO ENRIQUE CALDERÓN SALAZAR

Las garantías en la contratación estatal: una breve aproximación

Sobre la declaratoria del siniestro  
La tasación de los perjuicios  
Otras particularidades  
Conclusiones  
Referencias

## VIII. EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO: NUEVOS RETOS PARA MANTENER SU VIGENCIA / SANTIAGO JOSÉ AYALA GÓMEZ

Evolución desde sus orígenes hasta la actualidad  
Principales causas para que opere la aplicación del  
equilibrio económico y financiero del contrato  
Requisitos adicionales tenidos en cuenta por la  
jurisprudencia del Consejo de Estado  
Retos actuales del equilibrio económico y financiero del  
contrato  
Conclusiones respecto de los retos surgidos  
Referencias

## IX. NULIDADES DEL CONTRATO ESTATAL: PRINCIPALES PUNTOS DE DISCUSIÓN / NATHALIA ANDREA VÁSQUEZ ORJUELA

Introducción  
Causales de nulidad absoluta  
La facultad oficiosa del juez y sus consecuencias  
Conclusión  
Referencias

## X. POSIBILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LIQUIDACIÓN EXTRATEMPORAL / NICOLÁS REYES VELANDIA

Introducción

¿Qué es la liquidación?

Tipos de liquidación

Momentos para realizar la liquidación

Medios que proceden contra la liquidación unilateral extratemporal

Conclusiones y observaciones

Referencias

## XI. CONTRATACIÓN INDEBIDA: PROSCRIPCIÓN A LA VIOLACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. CORRUPCIÓN Y DELITO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Introducción

Ámbito convencional y constitucional: Convención

Interamericana de Lucha contra la Corrupción

Caracterización del contrato estatal en el Código Penal

El concepto de servidor público en los delitos de

celebración indebida de contratos. Responsabilidad

Responsabilidad de otros sujetos del proceso contractual no propiamente servidores públicos

Referencias y sentencias consultadas

# LISTA DE SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ANI: Agencia Nacional de Infraestructura

AIU: Administración, Imprevistos y Utilidades

CCA: Código Contencioso Administrativo

CDP: Certificado de Disponibilidad Presupuestal

C. P. : consejero ponente

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

CREG: Comisión de Regulación de la Energía

EGC: Estatuto General de Contratación

EGCAP: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

EOP: Estatuto Orgánico de Presupuesto

ESP: empresas de servicios públicos

OMC: Organización Mundial del Comercio

RP: registro presupuestal

RUP: Registro Único de Proponentes

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio

UIS: Universidad Industrial de Santander

UNIDROIT: Institut international pour l'unification du droit privé (en español 'Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado')

UPAC: unidad de poder adquisitivo constante

# PRESENTACIÓN

Se presenta a la comunidad universitaria este conjunto de ensayos sobre diversos temas relativos a la contratación estatal, que tiene como propósito aportar a la formación y a la discusión de los estudiantes de la Universidad Nacional de Colombia, así como de la comunidad jurídica en general, respecto de estos asuntos.

Puede decirse que estas reflexiones se gestaron en las aulas de las clases de Derecho Administrativo II, uno de cuyos contenidos es la contratación del sector público colombiano. Fueron los estudiantes quienes plantearon las preguntas y me invitaron a que, por fuera de clase, me reuniera con algunos de ellos para estudiar con un poco más de profundidad los temas vistos. A partir de estas inquietudes y de reuniones informales se conformó un grupo de estudio, por el que han pasado alumnos de diferentes semestres, al que ellos mismos denominaron Observatorio de Derecho Administrativo.

Los integrantes del grupo, algunos de los cuales ya son egresados, se dedican a hacerle seguimiento a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los subtemas que cada uno de ellos tiene asignados. Sus hallazgos son expuestos a los demás miembros y recopilados de forma sistemática.

Esta labor de seguimiento jurisprudencial ha dado lugar a dos eventos académicos, en los cuales los estudiantes han expuesto las posturas identificadas sobre cada una de las temáticas establecidas, así como sus críticas y observaciones.

La tarea de los estudiantes, en el sentido de recoger la jurisprudencia, sistematizarla y exponerla, ha sido apoyada por algunos magistrados del Consejo de Estado que también cumplen labores docentes en otras universidades y valoran su esfuerzo y dedicación.

Esencialmente, la publicación que ahora se presenta recoge las exposiciones de los estudiantes y de los magistrados que participamos en las primeras jornadas de reflexión sobre temas de contratación del sector público. Sus versiones originales han sido actualizadas tras la aprobación de la publicación por parte de la Universidad Nacional de Colombia.

En mi calidad de coordinadora del observatorio presento estas valiosas reflexiones, que constituyen no solo un aporte para los demás estudiantes, como un insumo para sus cursos de Derecho Administrativo, sino para quienes hacemos parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; toda vez que, sin un interés distinto al meramente académico, recoge posturas, señala contradicciones e invita a unificar en diversos temas, lo que significa para nosotros un valioso ejercicio.

Finalmente, en nombre de los estudiantes y en el mío propio, agradezco el apoyo brindado por la universidad a esta iniciativa, así como a los profesores y magistrados que se han vinculado con esta causa.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO\*

# **I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO**

El presente escrito corresponde a la ponencia presentada en el evento Reflexiones Sobre Contratación del Sector Público Colombiano, organizado por el Observatorio de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, realizado en noviembre de 2016, y tiene la pretensión de exponer algunos interrogantes respecto de las consecuencias jurídicas que se derivan de los diversos regímenes de la contratación de las entidades públicas, especialmente del régimen exceptuado de la contratación estatal. A esta intervención se han añadido algunas sentencias posteriores a su fecha de presentación.

## **Regímenes de contratación**

En la actualidad distinguimos varios regímenes jurídicos de contratación aplicables a la contratación del sector público en Colombia, así: 1) un régimen general previsto en la Ley 80 de 1993; 2) un grupo de contratos regidos por el derecho privado, sin previsión legal de incluir en sus contratos cláusulas excepcionales; 3) otros, regidos por el

derecho privado con autorización legal de pactar cláusulas exorbitantes; 4) algunos regímenes especiales sin autorización legal de incluir cláusulas excepcionales; y 5) regímenes especiales con cláusulas excepcionales.

## **Normas aplicables**

### Regidos por el Estatuto General de Contratación (EGC)

El Estatuto General de Contratación (EGC), contenido en la Ley 80 de 1993<sup>1</sup> y en las normas que la han modificado<sup>2</sup>, alude en su artículo 32 a los contratos estatales, de acuerdo con un criterio orgánico, como los celebrados por una de las llamadas entidades estatales a las cuales se refiere el artículo 2º, numeral 1, de esta normativa.

Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]<sup>3</sup>

El artículo 2, numeral 1, de la misma ley define así a las entidades estatales:

Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1º. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50 %), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos<sup>4</sup>

Por lo tanto, salvo excepción legal, este estatuto aplica a los contratos estatales propiamente dichos y no a otros.

Adicionalmente, en relación con su contenido y de conformidad con lo previsto en los artículos 13<sup>5</sup>, 32 y 40<sup>6</sup> de la Ley 80, a los contratos estatales se aplican las normas del Código Civil y del Código de Comercio, salvo las previsiones especiales de la Ley 80. Entre otras, se tienen previsiones especiales en temas de procedimientos de selección (artículo 2 de la Ley 1150 de 2007); perfeccionamiento y ejecución (artículo 41 de la Ley 80 de 1993); adiciones y anticipos (artículo 40 de la Ley 80); cláusulas excepcionales (artículos 14 y siguientes de la Ley 80); equilibrio económico financiero del contrato (artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80); intereses moratorios (artículo 4 de la Ley 80); nulidades (artículos 44 y siguientes de la Ley 80); y liquidación (artículo 60 de la Ley 80).

La aplicación del Código de Comercio será preferente para aquellos contratos que se celebran con un comerciante o, de conformidad con el objeto, podrían corresponder a actos de comercio en los términos del artículo 20, según el cual

Son mercantiles para todos los efectos legales:

- 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;
- 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda

clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;

3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;

4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;

5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;

6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;

7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;

9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;

10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;

17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y

19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.<sup>7</sup>

En este caso, los vacíos se llenarán con estipulaciones del Código Civil, más las previsiones especiales del EGC<sup>8</sup>.

Si el contrato no se ajusta a las previsiones mencionadas respecto de la aplicación preferente del Código de Comercio, se entenderá que su contenido se rige por el Código Civil y las reglas del EGC.

Las estipulaciones especiales del EGC son muy fuertes en cuanto a los procedimientos de selección, pero muy escasas en relación con el contrato; su contenido se rige mayoritariamente por el derecho común.

Lo antes dicho permite concluir que, como lo han reconocido tanto la doctrina<sup>9</sup> como la jurisprudencia<sup>10</sup>, los contratos estatales tienen un régimen jurídico mixto.

## Regímenes de excepción

Comprenden aquellos contratos que no se rigen por el EGC, respecto de cuya exclusión encontramos, básicamente, las siguientes situaciones:

1. Casos en los cuales la jurisprudencia así lo consideró<sup>11</sup> debido a que, si bien la regulación de sus contratos se encontraba contenida en normas anteriores a la Ley 80 de 1993, esta no mencionó a tales entidades entre las estatales y, adicionalmente, porque respecto de estos entes la Constitución Política expresamente aludió a su autonomía (artículos 69<sup>12</sup> y 371<sup>13</sup>) y las leyes que los regulan establecieron que sus contratos se regían por el derecho privado. Se hace referencia en este caso a la contratación de los Entes Universitarios Autónomos (Ley 30 de 1992) y del Banco de la República (Ley 31 de 1992). Respecto de estos contratos, las respectivas

leyes no contemplaron la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales.

2. Contratos a los cuales se refirieron reglamentos emitidos en desarrollo directo de la Constitución Política: Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 92 de 2017<sup>14</sup>, expedidos en virtud de las previsiones del artículo 355 de la Constitución Política, y en cuyas normas se contempló que los contratos se regían por el derecho privado, con la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes. Además, los procedimientos de selección se regularon de forma especial en el último de los decretos citados.
3. Contratos referidos en normas posteriores a la Ley 80 de 1993 que excepcionaron su aplicación, clasificables en dos grupos: el primero, regido por normas de derecho privado (Ley 1118 de 2006<sup>15</sup>, entre otras), y el segundo, regido por normas de derecho privado con la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales (Ley 100 de 1993<sup>16</sup>, <sup>17</sup>, Leyes 142<sup>18</sup> y 143<sup>19</sup> de 1994).
4. Casos especiales de contratación excepcionados por el propio EGC: minero (artículo 76 de la Ley 80 de 1993) y financiero (artículo 15 de la Ley 1150 de 2007)<sup>20</sup>.

En cuanto al régimen jurídico, se aplica el propio del régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993. En aquellos casos en los cuales el legislador previó la posibilidad de incluir cláusulas excepcionales, la Ley 80 se aplica únicamente en lo que tiene que ver con estas cláusulas.

Adicionalmente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que a los contratos de régimen exceptuado les aplicaban: 1) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; 2) los principios de la función administrativa, a los cuales alude el artículo 209 de la Constitución Política, y 3) los de la función fiscal previstos en el artículo 267 de la misma carta.

En conclusión, también a los contratos de régimen exceptuado del EGC les aplica un régimen jurídico mixto que se ha traducido, como en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983<sup>21</sup>, en una multiplicidad de estatutos contractuales vertidos en manuales de contratación. Esto pone al juez administrativo ante el reto de interpretar esa realidad, dado que de los conflictos originados en sus contratos conoce, por regla general, la Jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se examinan a continuación algunos asuntos de importancia que se derivan del régimen jurídico de los contratos de régimen exceptuado.

## **Asuntos de importancia**

### Reglamentos

#### **Naturaleza jurídica**

La primera pregunta surge alrededor de la naturaleza jurídica de tales reglamentos: ¿se trata de actos de carácter civil o mercantil, o se trata de actos administrativos? La respuesta es muy importante, porque ello delimita la competencia.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que se trata de actos administrativos de carácter general, demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, se ha expresado lo siguiente:

Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100 % público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos

administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este solo se aplicará de manera excepcional. [...]

En conclusión, el régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado, las características antes señaladas justifican que en algunos casos y para determinadas actuaciones se aplique el derecho público. Así las cosas, no es extraño que en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les dé la naturaleza de actos administrativos.

Por todo lo expuesto, a juicio de la Sala, los actos demandados deben ser calificados como actos administrativos<sup>22</sup>.

Esto implica que, si bien las entidades de régimen exceptuado gozan de autonomía para expedir sus reglamentos, con apego a los principios de la función administrativa y de la función fiscal, una vez estos se expiden son de obligatorio cumplimiento para las entidades, so pena de viciar sus procedimientos de selección o sus contratos.

Es decir que son las propias entidades las que llenan de contenido los principios a los cuales alude el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Esto resulta muy importante, por ejemplo, para efectos del control que deben ejercer los entes correspondientes.

### **Contenido de los reglamentos**

Se trata de un asunto en el cual las entidades cuentan con una autonomía relativa: si bien pueden expedir sus propios reglamentos, se encuentran obligadas, de una parte, a garantizar los principios a los cuales se refiere el mencionado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007; y limitadas, de otra, por el propio ordenamiento jurídico, en la medida en que algunos asuntos gozan de reserva legal.

Veamos:

1. No podrían ocuparse de temas tales como creación de inhabilidades, sanciones, o potestades excepcionales, porque están reservados al legislador y no son propios de los reglamentos. A este asunto se ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

No obstante, la capacidad creadora tiene límites, que la Sala no puede establecer en abstracto pero sí advertir que no es posible afectar la reserva de ley que tienen muchas materias; por ejemplo la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes, la creación de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros temas<sup>23</sup>.

2. Un reglamento tampoco podría ocuparse de asuntos definidos por el legislador en las normas civiles, comerciales o especiales, tales como la capacidad, el perfeccionamiento o las tipologías contractuales, según lo ha entendido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, particularmente la Subsección A. Como primer aspecto, debe tenerse en consideración que

en tanto las normas sobre la formación de los contratos constituyen reglas de orden público, las mismas no se encuentran al alcance de la libre disposición de las partes, quienes, aún en el escenario del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no podrán adicionar los requisitos predeterminados por la ley para el nacimiento del contrato, como tampoco podrán esquivar aquellos contemplados expresamente por el legislador para predicar su existencia.

La improcedencia de la libre disposición sobre las normas relativas a los requisitos de existencia de los contratos igualmente se hace extensiva a la actuación de las entidades públicas, como es el caso de las universidades oficiales, las que, ni en sus reglamentos, ni en sus manuales de contratación podrán incorporar previsiones relacionadas con los requisitos para su perfeccionamiento distintas a aquellas consagradas expresamente por el orden jurídico<sup>24</sup>.

De ahí que, no empero el pacto existente en el caso concreto acerca de su perfeccionamiento, este no podría

alterar las normas legales que regulan la existencia de esta tipología contractual.

Se resalta acá, por ejemplo, que las obligaciones de figuras como los consorcios y las uniones temporales (que son propias de los contratos estatales a los cuales resulta aplicable el EGC), en el evento de ser utilizadas en contratos regidos por normas diferentes a las de este estatuto, dependerán de dicho acuerdo; respecto de lo no convenido, deberá buscarse en las normas civiles según su tipo. Entonces, para que sus obligaciones fuesen solidarias, tendría que consagrarse de esta manera en el respectivo acuerdo, toda vez que no operaría por ministerio de la ley.

3. Un reglamento sí se podría ocupar de regular los procedimientos administrativos de selección: tipificación, requisitos de participación, criterios de selección, formas de evaluación, entre otros, que incluyan tanto los principios de la función administrativa -igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad-, como los de la función fiscal previstos en el artículo 267 de la Carta Política y en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 -eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales-. Asimismo, de temas tales como la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

### Procedimientos de selección

Si bien alguna sentencia de la Subsección B dijo que, en aplicación de los principios de la función administrativa, los procedimientos de selección de contratistas de las entidades de régimen exceptuado debían ser los aplicables a los que se rigen por la Ley 80 de 1993, no debe dársele ese alcance, ya que se encuentran por fuera del EGC por disposición legal. Esto no obsta para que una entidad (vía

reglamento) decidiera adoptarlos; en ese caso, obligatoriamente debe cumplirlos.

Ahora, aunque no les aplica la Ley 80 de 1993, asuntos tales como los pliegos de condiciones, la subsanabilidad de ofertas o las causales de rechazo, perfectamente pueden ser incluidos no solo en el reglamento sino en el desarrollo de específicos procedimientos de selección, los cuales deberán interpretarse y aplicarse de acuerdo con las normas civiles o comerciales, según lo ha entendido la jurisprudencia de la Subsección A.

De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones del pliego de condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades.

Ahora bien, frente a las reglas de la oferta mercantil y en particular a lo dispuesto por el artículo 860 del Código de Comercio, el derecho a corregir, subsanar o aclarar la postura en relación con una oferta mercantil, no puede versar sobre asuntos esenciales del negocio jurídico, toda vez que en tal supuesto no se configuraría el acuerdo de voluntades que se encuentra en la base de la formación de todo contrato. Se agrega que el artículo 855 del Código de Comercio establece que la aceptación condicional será considerada como nueva propuesta, de donde el derecho a corregir, subsanar o aclarar no puede ser invocado sobre aspectos que hagan variar las condiciones del negocio jurídico en los términos en que se ha aceptado.

Por ello, a la luz del derecho privado, las cláusulas del pliego de condiciones mediante las cuales se establece el derecho de la entidad convocante a pedir aclaraciones y las que relacionan los documentos pasibles de aclaración, deben ser respetadas en la medida en que por esa vía no se abra la puerta a mutar, en el curso de la dinámica de formación del contrato, los elementos esenciales del negocio ofrecido. De lo contrario se rompería el principio de aceptación pura y simple o libre de condicionamientos exigido para el perfeccionamiento del contrato bajo el régimen de la oferta mercantil<sup>25</sup>.

Las preguntas surgen alrededor de la naturaleza de este tipo de contenidos, como el pliego de condiciones o el acto de adjudicación, en el sentido de si se trata de actos comerciales o de actos administrativos. También cabe preguntarse si actuaciones como el rechazo de una propuesta se constituyen en actos de mero trámite o definitivos, para efectos de la posibilidad de que sean controvertidos por vía judicial.

Si bien, respecto de algunos contratos, el legislador consideró que se aplicaban las normas del derecho privado, las decisiones relacionadas con los procedimientos de selección pueden tener el alcance de actos administrativos, teniendo en cuenta las entidades de las cuales emanan, su carácter unilateral y sus efectos. Así, podrían impugnarse ante el juez de lo contencioso administrativo mientras desconozcan el reglamento o los principios de la función administrativa o la función fiscal. En este punto, valga anotar que el juez hubiera sido otro si el legislador los hubiera considerado meros actos comerciales. Sobre esto se ha referido la jurisprudencia de la Subsección A del Consejo de Estado.

Aplicadas estas ideas al tema general que se examina, la inquietud que emerge es si los actos del trámite pre-contractual de las entidades excluidas son administrativos o tienen naturaleza civil o mercantil, con la incidencia que esto representa sobre el control judicial de los mismos y sobre los medios de control que admiten.

Para la Sala, se trata de actos administrativos, bien de trámite o bien definitivos, porque esta naturaleza no depende -se insiste- del régimen jurídico sustantivo que rija la cuestión que se decide en el acto, sino de otras variables, esencialmente de la presencia de una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa, que define una situación jurídica y produce efectos jurídicos. Si el acto cumple esta definición es administrativo y es controlable por la justicia administrativa, si concurren las condiciones del artículo 82 del CCA -hoy artículos 103 a 105 del CPACA-. [...]

De conformidad con lo expresado, toda actuación administrativa, expresada o no bajo la forma de procedimiento, sin importar si el régimen sustantivo que la inspira es el derecho administrativo o el privado, forma parte de la actividad productora de actos administrativos –siempre que contengan una decisión que produzca efectos jurídicos–, por tanto es susceptible de ser controlada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta conclusión, respaldada en múltiples providencias, asegura la racionalidad de la actuación del Estado, el principio de legalidad, el control al ejercicio de la actividad pública y los derechos fundamentales<sup>26</sup>.

En cuanto a la decisión de rechazar una propuesta, respecto del procedimiento de selección puede considerarse de mero trámite; pero podría ser definitivo en relación con el proponente cuya propuesta fue objeto de rechazo, en tanto lo deja por fuera de la posibilidad de ser seleccionado, luego, ser objeto de demanda<sup>27</sup>.

### Naturaleza y tipología del contrato

En relación con los contratos de regímenes exceptuados, cabe preguntarse si se trata o no de contratos estatales, aunque la entidad hubiere estado comprendida en el listado de entidades estatales previsto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Sobre este punto podría concluirse que no, porque los estatales son los amparados por el EGC en los términos que ya se expusieron, y no habría razón para darles esa calidad si el propio legislador los sustrajo de su aplicación.

Aunque la jurisprudencia ha dicho que se trata de contratos estatales para efectos de derivar su competencia, dado que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocía de dichos contratos en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, no es necesario continuar sosteniendo esto en vigencia de la Ley 1437 de 2011, cuyo artículo 104 delimita esta jurisdicción:

De la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo

dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos: [...] 2). Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.<sup>28</sup>

Esta jurisdicción conoce de contratos celebrados por las entidades públicas y estas son las que tienen una participación estatal igual o superior al 50 %<sup>29</sup>. Además, conoce de los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos (ESP) en las cuales se incluyan o deban incluirse cláusulas exorbitantes.

Recuérdese que, en términos de la Ley 80, las entidades con participación pública minoritaria tampoco tienen carácter de estatales, así que sus contratos no tendrían esa condición. El tipo contractual corresponde a su esencia y naturaleza, básicamente, de acuerdo con el Código Civil y el Código de Comercio, toda vez que un reglamento no podría crear tipologías contractuales, como antes se expresó.

Resulta importante, entre otras cosas para efectos tributarios, tener en cuenta el tipo de contrato; por ejemplo, si se trata o no de obra (de acuerdo con sus características<sup>30</sup>) y si esta tiene el carácter de pública, en cuyo marco deberán analizarse las obligaciones de las entidades estatales del régimen exceptuado de la contratación estatal.

Específicamente, debe considerarse la obligación de pagar la contribución prevista en el primer inciso del artículo 6º de la Ley 1106 de 2006:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de

adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5 %) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.<sup>31</sup>

La Sentencia C-1153 de noviembre de 2008 declaró exequible este pago a partir de la definición del EGC sobre contratos de obra, a saber:

Artículo 32. [...] Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.<sup>32</sup>

La sentencia, no obstante, refiere la calidad pública de la entidad que contrata:

Así las cosas, a juicio de la Sala no se presenta una falta de claridad y certeza insuperable en la definición del hecho gravado, pues cuando la norma acusada expresamente prescribe que la contribución que regula se causa por el hecho de suscribir 'contratos de obra pública' con 'entidades de derecho público' o celebrar contratos de adición al valor de los existentes, no cabe otra interpretación plausible distinta de aquella que indica que el contrato al que se refiere es el definido en el estatuto de contratación a partir de elementos subjetivos, referentes a la calidad pública de la entidad contratante. Por lo anterior, la Corte estima que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria.<sup>33</sup>

## El perfeccionamiento del contrato

Los contratos que se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 80 de 1993 se perfeccionan de acuerdo con las normas civiles o comerciales o de alguna norma especial que lo regule. En otras palabras, no requieren del escrito como los regidos por el EGC, y se perfeccionarán con la sola aceptación de la propuesta si se trata de contratos no sometidos a esta solemnidad.

Las implicaciones tienen que ver con la exigencia del contrato escrito para demandar a través del medio de control de controversias contractuales a la que se ha