

La necesaria existencia de un régimen especial para la contratación administrativa*

Catalina Jaramillo Uribe**

Resumen

El Régimen General de Contratación de la Administración Pública, como normativa especial de Derecho Público, ha sido objeto de variadas excepciones, motivadas principalmente por razones de agilidad, flexibilidad, procedencia de los recursos, autonomía de las entidades y efectos de la globalización e internacionalización de la economía; excepciones que permiten que dicha actuación de la Administración se rija preferentemente por el derecho privado, por decisión del legislador, conllevando a una serie de dificultades en tanto son de difícil compatibilidad con los principios del derecho público en esta materia, en especial para la etapa de formación de los contratos y sus poderes excepcionales. Tal circunstancia demanda realizar un análisis crítico sobre el rol que el derecho administrativo, en materia de contratación pública, debería asumir, y si es necesaria la existencia del referido régimen especial para la contratación de las entidades públicas, dadas las actuales necesidades de la sociedad global, así como la participación del Estado como actor de la economía internacionalizada, en aras del interés general, fin último de la contratación estatal, y la pulcritud en el manejo de los recursos públicos. Apuntando a tal finalidad, con la presente investigación se hizo un rastreo de los antecedentes legislativos para una muestra representativa de las excepciones al Régimen General de Contratación de la Administración Pública, a partir del cual se buscó establecer los principales motivos que aduce el legislador para introducir tales excepciones, concluyendo que no son suficientes para ameritar la creación de regímenes excepcionales, por el contrario, tal excepcionalidad conlleva importantes dificultades que demandan no sólo su revisión, sino su retorno a la normativa propia de la contratación pública.

* Artículo producto final de la investigación “La necesaria existencia de un régimen especial para la contratación administrativa”, financiada por la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas y el Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, y que realiza la autora para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, con la asesoría metodológica del César Augusto Molina-Saldarriaga.

** Abogada, especialista en Derecho Administrativo y graduada del Máster Iberoamericano de Estudios Jurídicos en la Universidad de Navarra de Pamplona, España. Candidata a magíster en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Docente del área de Derecho Público de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Palabras clave: Derecho Público, Estado, Derecho Privado, globalización, privatización, contratación administrativa o pública, entidades exceptuadas, regímenes excepcionales, principios.

Introducción

El derecho administrativo, desde hace algunas décadas, ha experimentado una crisis que propone la transformación en su concepción e instituciones, suscitada por fenómenos vividos por la sociedad misma: La globalización, las nuevas tecnologías, la aparición de relaciones supranacionales, la ampliación de los servicios públicos, su prestación por particulares, la actividad empresarial e intervención de la economía en cabeza de entidades públicas, las nuevas regulaciones, entre otros, han penetrado en la esfera de lo estatal, cuestionando el rol que en la actualidad debe cumplir el Estado¹, el cual se acerca cada vez más al ámbito privado.

Tal situación ha afectado particularmente la contratación pública, área del derecho administrativo que en sus orígenes compartió los mismos fundamentos del derecho privado, para luego dar paso a unos principios e instituciones propias que hoy la diferencian de la contratación entre los particulares².

La contratación administrativa, como una de las típicas actuaciones administrativas, en la actualidad evidencia la estrecha relación entre lo público y lo privado, no siempre de manera positiva. El acercamiento de la contratación administrativa al derecho privado se evidencia en el régimen jurídico mixto aplicable por expreso mandato del inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993)³, y en las múltiples excepciones a la aplicabilidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las situaciones fácticas que han llevado al legislador a establecer excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentran en la creciente injerencia del Estado en los diferentes sectores productivos en una sociedad globalizada, y

¹ Respecto del impacto en el Derecho dada la adaptación de las funciones y papel del Estado en razón de las realidades que impone la “hipermodernidad”, y en especial para el derecho público, puede consultarse: Dromi, R. (2005), *El Derecho Público en la Hipermodernidad*: Buenos Aires: Editorial Hispania Libros. P 23-24. En este aparte cita a LAVILLE, Jean Louis (2004), *Economía social y solidaria. Una vision europea*. Buenos Aires, Altamira, P 60 - 61.

² A propósito del nacimiento y evolución de la contratación pública, véase Expósito Vélez (2003).

³ “ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

en la amplitud en la prestación de servicios públicos. Tales hechos han llevado al legislador a facultar a ciertas entidades públicas, o para ciertas actividades a abstenerse de aplicar de las normas propias de la contratación pública, permitiendo la tan anhelada agilidad y rapidez en la celebración y ejecución de los contratos.

Sin embargo, el legislador considera que la aplicación del derecho privado en la contratación de las entidades públicas no puede ser exclusiva, por tanto, al mismo tiempo ordena que, no obstante estar eximidos de aplicar el Régimen General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar los principios de la función pública y de la gestión fiscal⁴ -así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades-, con la complejidad de determinar la extensión o grado de aplicación de dichos principios a una contratación regulada preferentemente por el derecho privado.

Sumado a lo anterior, la misma demanda de agilidad y prontitud, así como de racionalidad en la ejecución de los recursos públicos, se presenta para las entidades estatales sometidas al Régimen General de Contratación de la Administración Pública, lo cual cuestiona la justificación legislativa en la que se sustenta el régimen de excepción de ciertas entidades públicas en materia de contratación.

De acuerdo con lo expresado, la investigación de la que resulta el presente artículo tuvo por objetivo analizar la necesidad de un régimen especial para la actividad contractual del Estado, teniendo en cuenta que en la actualidad, a la par del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para ciertas entidades públicas o para determinadas actividades de los sectores de la industria o productivos de los que se ocupan algunas entidades públicas, existen diferentes regímenes de contratación excepcionales sometidos preferentemente al derecho privado.

La importancia de la problemática que aborda esta investigación no sólo se proyecta en el ámbito académico, como herramienta que permite reflexionar en torno a la actividad contractual administrativa, sus variados regímenes y los efectos que produce, sino también

⁴ Artículo 13 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007). “*PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

desde una perspectiva práctica, en el ejercicio de la contratación pública, en tanto se identifican importantes dificultades derivadas de la dualidad de regímenes en esta materia. Sobre el particular, como muestra de análisis relativos al problema jurídico que se aborda en este trabajo y que desde se ya declara, entre las diversas posturas que se han gestado sobre el mismo, se asume una postura propositiva a favor de la necesaria existencia de un régimen de derecho público unificado en materia de contratación administrativa, se puede citar a Naranjo (2007), quien expone con amplitud el escenario que rodea esta materia, buscando responder, entre otros interrogantes, si conviene en Colombia el régimen general de la Ley 80 de 1993 y los regímenes especiales previstos en la legislación, con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, y si pueden leyes posteriores crear regímenes especiales al previstos en la citada Ley. De otro lado, Blanco (2008) hace una crítica precisamente a la creciente tendencia a incorporar excepciones a la aplicabilidad del Régimen General de Contratación Pública, planteando algunos problemas que comporta, y señalando como inadecuada la multiplicidad de regímenes contractuales en tanto tal situación, en su concepto, se constituye en fuente de inseguridad jurídica y genera enormes riesgos para el patrimonio público⁵.

La metodología aplicada para la investigación fue un ejercicio de sistematización en su primer momento, en tanto se identificó una muestra significativa de actividades o entidades públicas que se encuentran exceptuadas del Estatuto General de la Contratación Pública

⁵ Otros escritos que sobre el particular pueden citarse:

Aranzález García y Macías Olivar (2014), refiriéndose al régimen de excepcionalidad contractual para las universidades públicas, en su artículo *Los avatares de los regímenes especiales de contratación estatal en Colombia*, critican la existencia del régimen especial para los entes universitarios autónomos no sólo por el caos o “avatar” -como lo denominan- que produce al tener que entrar a estudiar un sinnúmero de regímenes propios que no contribuyen con los principios de economía procesal y celeridad que rigen el derecho público colombiano, sino porque tampoco permite que dichas entidades sean competitivas, transparentes y efectivas en la prestación del servicio, por lo que proponen optar por una régimen único de contratación para las universidades oficiales.

Un análisis respecto del régimen de contratación para el sector de las Empresas Sociales del Estado, puede consultarse en Ballesteros Serpa, C.A. (2013), quien en su tesis *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado*, identifica la problemática suscitada por la existencia de variados regímenes excepcionales en materia de contratación pública, señalando en su introducción: “En virtud de esta dicotomía en las últimas décadas en Colombia se ha insistido en exigir la observancia de los principios que orientan la función administrativa para estos regímenes excepcionales, circunstancia que ha creado un margen generalizado de indeterminación sobre su aplicación, generándose numerosos cuestionamientos, pues no se sabe a ciencia cierta la totalidad de principios aplicables, ni tampoco la manera de aplicarlos, ni hasta qué niveles opera el principio de la autonomía de la voluntad, ni si estos pueden llegar a ser realmente compatibles con el escenario de agilidad y eficiencia que caracteriza a las normas civiles y comerciales. Este tipo de entidades terminan entonces desenvolviéndose en una especie de nebulosa jurídica, en donde el Derecho Privado y el Derecho Público conviven e interactúan en una atmósfera bastante confusa.”

vigente, respecto de las cuales se indagó la justificación legislativa en que se basó su excepción. Posteriormente, se efectuó una investigación dogmática de lege ferenda, con la que se buscó plantear la necesaria reflexión en torno a mantener una normatividad especial en materia de contratación administrativa que se aplique de manera general a las entidades públicas, evitando la multiplicidad de excepciones que se presentan en la actualidad.

El artículo se compone de cuatro partes. En la primera se presenta una muestra representativa de las actividades o entidades que en la actualidad se encuentran excluidas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública; la segunda establece la fundamentación legislativa para la diferenciación en el tratamiento jurídico de la actividad contractual de las entidades públicas, a partir de la identificación de las principales razones expuestas por el legislador como soporte de dicha excepción para las entidades o actividades señaladas en el primer apartado.

En tercer lugar, se exponen los principales inconvenientes que comporta la dualidad de regímenes en esta materia, para concluir, en el cuarto punto, con el análisis sobre la necesaria existencia de un régimen especial para la actividad contractual del Estado.

1. De las actividades o entidades exceptuadas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública

La dualidad de regímenes en materia de contratación administrativa ha sido una constante desde el establecimiento del primer Estatuto de Contratación Pública. El Decreto-Ley 150 (Presidencia de la República, 1976), derogatorio del Decreto-Ley 1670 (Presidencia de la República, 1975), considerados el primer Estatuto, fue criticado porque sólo era aplicable a nivel nacional⁶ y no abarcó muchos aspectos de la contratación, los cuales se seguían sometiendo a las normas del derecho privado. Posteriormente, el Decreto-Ley 222 (Presidencia de la República, 1983), segundo Estatuto, no obstante extendió su ámbito de aplicación a otras entidades públicas, permitió al mismo tiempo la coexistencia de los

⁶ De acuerdo con el artículo 1 del Decreto-Ley 150 de 1976, respecto a su campo de aplicación, establecía: “Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente Estatuto.

A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en la que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades.”

estatutos fiscales de los Departamentos y los Municipios⁷ que regulaban aspectos de la formación y adjudicación de los contratos, así como las cláusulas que debían contener, conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio, respetando los elementos esenciales que señalaba la ley (como tipos de contratos, efectos, responsabilidad y terminación), y por tanto, uno de los principales problemas que se presentaban en vigencia del Decreto-Ley 222 (Presidencia de la República, 1983) era la proliferación y multiplicidad de normas aplicables a la contratación pública, y su identificación.

Con la Ley 80 (Congreso de la República, 1993), tercer y actual Estatuto de Contratación de la Administración Pública, se amplió el ámbito de aplicación con la pretensión de abarcar la contratación de toda la Administración Pública, en desarrollo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)⁸. Así, el artículo 1 establece que “[l]a presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”, y en el numeral 1 del artículo 2 define qué se entiende por entidades estatales, incluyendo las siguientes:

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

⁷ ARTICULO 1o. DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA ESTE ESTATUTO. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

Así mismo, se aplicarán a los que celebren las Superintendencias por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritas.

A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas, entidades.

Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también a los Departamentos y Municipios.

⁸ “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

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. (Congreso de la República, 1993)

No obstante la pretensión de universalidad de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993)⁹, ella misma incluyó excepciones a su aplicación, lo que ha llevado a la existencia de los

⁹ Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se lee:

“1. Universalidad del Estatuto Contractual

La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

[...]

La unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado.

Así pues, esta ley pretende convertirse en la general y única para el Estado en todo el territorio nacional. Para los efectos de la ley se denominan entidades estatales la Nación, el Distrito Capital, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios. Además el artículo segundo del proyecto extiende el ámbito de aplicación a las nuevas instituciones previstas en la Carta Política de 1991 como las regiones, las provincias, los distritos especiales y los territorios indígenas, el Consejo Superior de la judicatura y la Fiscalía General de la Nación. De igual modo se establece que para los efectos de este proyecto se consideran como entidades estatales, "las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

[...]

La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones de relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia

Estatutos Especiales de Contratación Pública o regímenes excepcionales, lo que también sucede en virtud de las excepciones que leyes anteriores y posteriores consagran.

La reforma al Régimen General de Contratación de la Administración Pública, efectuada mediante la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), buscó disminuir las excepciones¹⁰, pero continúan siendo muchas. Para hacerse una idea de la magnitud de regímenes excepcionales, se realizó una búsqueda de actividades o entidades exceptuadas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública, a fin de presentar una muestra representativa. Agrupándolas por materias, en la actualidad los siguientes sectores, actividades y entidades públicas se encuentran excluidos del régimen general de contratación pública:

1.1. Para la prestación de algunos servicios públicos

En materia del servicio público de educación superior, el artículo 93 de la Ley 30 (Congreso de la República, 1992), dispone que "...los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos." También para el servicio público de salud, la Ley 100 (Congreso de la República, 1993), artículo 195, prescribe que las empresas sociales de salud, "6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar

del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados." (P. 6 - 7)

¹⁰ Dentro de los motivos que llevaron a reformar la Ley 80 de 1993, se encuentra: "Por otra parte, al hacer un balance de la aplicación del Estatuto General de Contratación Ley 80 de 1993, se aprecia el carácter exceptivo de su aplicación, producido como consecuencia de la escasa adaptabilidad de algunos de sus preceptos a las necesidades de contratación de las entidades y a las características de los diferentes sectores a los que va dirigido, de donde podría concluirse que en algunos casos la ley incurre en un excesivo reglamentarismo que pasa por la definición de procedimientos e instancias sin tener en consideración las diferencias derivadas de la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la contratación con recursos públicos.

Muestra de lo anterior es la proliferación de regímenes exceptivos a la aplicación de la ley, que en la mayoría de los casos no son otra cosa que la búsqueda de salidas para la aplicación de reglas más acordes a la complejidad del objeto contractual y a la realidad del mercado.

[...]

Por otra parte, y en la línea de dar mayor transparencia a la asignación y entrega de recursos públicos por vía de contratos, el artículo 2° del proyecto tiene por objeto restringir el marco de aplicación de la excepción de aplicación de la Ley 80 prevista en el artículo 13 de la normativa actual para la ejecución de los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y para los contratos celebrados con personas jurídicas de derecho público internacional u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, en el sentido de que la excepción esté construida alrededor del objeto y no del sujeto, en consecuencia se propone que ésta sea aplicada para los contratos financiados con recursos de banca multilateral, con recursos provenientes de cooperación internacional o derivados de créditos concesionales." Exposición de Motivos - Proyecto de Ley 20 de 2005 – Senado. Gaceta del Congreso No. 458 de 2005 (P. 2 - 3)

las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.”

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 (Congreso de la República, 1994), artículo 31, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 (Congreso de la República, 2001), establece que “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”. Y a su turno, la Ley 143 (Congreso de la República, 1994) consagra, en el artículo 8, que el régimen de contratación aplicable a las empresas prestadoras de servicios públicos de energía será el derecho privado.

Para el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Ley 1341 (Congreso de la República, 2009), establece, en el artículo 55: “Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”. Así mismo, las empresas prestadoras de servicios postales, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1369 (Congreso de la República, 2009), “...tendrán el régimen contractual del Derecho Privado”. Esta norma no hace diferencia en cuanto a la naturaleza de los operadores postales, por tanto podrían ser entidades públicas¹¹.

La contratación de los canales regionales de televisión también se rige por el derecho privado, por expresa disposición del artículo 37, numeral 3, inciso tercero, de la Ley 182 (Congreso de la República, 1995), el cual prescribe:

Los actos y contratos de los canales regionales de televisión, en materia de producción, programación, comercialización y en general sus actividades comerciales, en cumplimiento de su objeto social se regirán por las normas del derecho privado. Los canales regionales estarán obligados a celebrar licitaciones

¹¹ No obstante, para ser operador de servicios postales en la modalidad de concesionario de correo, además de tener el carácter de operador postal, se deberá tener un contrato de concesión postal otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para prestar el servicio postal de correo de manera exclusiva. Y el contrato de concesión se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1369 de 2009. “ARTÍCULO 6o. *CONTRATO DE CONCESIÓN*. El contrato de concesión para el Operador Postal Oficial o Concesionario de Correo se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

públicas para la adjudicación de los programas informativos, noticieros y de opinión y el acto de adjudicación siempre se llevará a cabo en audiencia pública. (Congreso de la República, 1995)

1.2. En algunos sectores productivos

En el sector del Turismo, el artículo 42 de la Ley 300 (Congreso de la República, 1996), modificado por el artículo 40 de la Ley 1450 (Congreso de la República, 2011), que crea el Fondo de Promoción Turística - FONTUR, como un instrumento para el manejo de los recursos provenientes de la contribución parafiscal para la promoción del turismo, indica que “[p]ara todos los efectos, los procesos de contratación que lleve a cabo la Entidad administradora del Fondo de Promoción Turística se adelantarán de conformidad con el derecho privado”. Llama la atención que esta modificación sobre el régimen de contratación para la entidad administradora del Fondo sea introducida por la Ley 1450 (Congreso de la República, 2011), por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014.

También las entidades estatales del sector financiero se encuentran exentas de aplicar el Régimen General de Contratación Pública, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993), modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), que prescribe: “Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”¹².

Igualmente, algunas entidades del sector defensa se encuentran exceptuadas por disposición de la propia Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), que en el artículo 16 prescribe:

Los contratos que celebren Satena, Indumil, El Hotel Tequendama, la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la industria naval, marítima y fluvial –

¹² Como ejemplo de lo anterior, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4167 de noviembre 3 de 2011, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de 2011, cambió la naturaleza jurídica de la entidad Financiera de Desarrollo Territorial S.A. -FINDETER-, señalando que esta entidad se transforma en una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como un establecimiento de crédito, y en cuanto a su régimen legal, en el artículo 6 del citado Decreto, establece: “*ARTÍCULO 6. REGIMEN LEGAL: El régimen de la FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. - FINDETER, es el de derecho privado, en todo caso se someterá al régimen propio de las sociedades de economía mixta no asimiladas al de las empresas industriales y comerciales del Estado, independientemente de la participación del capital público en su patrimonio.*”

Cotecmar– y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC–, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad. (Congreso de la República, 2007)

Para el sector del transporte se encuentran excepciones para la contratación de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en virtud del artículo 54 de la Ley 105 (Congreso de la República, 1993), que indica:

La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria. (Congreso de la República, 1993)

Igualmente, en el caso de la empresa de Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (Satena) además de lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), la Ley 1427 (Congreso de la República, 2010), señala, en el artículo 5, que el régimen aplicable a “[t]odos los actos jurídico, contratos necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Satena S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender al porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.”

La Ley 80 (Congreso de la República, 1993), en el artículo 38, preveía un régimen especial para las entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones, de lo cual se ocupa hoy la Ley 1341 (Congreso de la República, 2009) que, como fue señalado, también remite al Derecho Privado.

La exploración y explotación de los recursos naturales igualmente se encuentra por fuera de la órbita del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta vez por expreso mandato de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993), la cual en su artículo 76 señala:

Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan

las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. (Congreso de la República, 1993)

En desarrollo de lo anterior, la Ley 685 (Congreso de la República, 2001) dispone en el artículo 53, para el sector de la minería, que:

Las disposiciones generales sobre contratos estatales y las relativas a procedimientos precontractuales, no serán aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, ni a la suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación de ésta, salvo las referentes a la capacidad legal a que se refiere el artículo 17 del presente Código. En todas estas materias se estará a las disposiciones de este Código y a las de otros cuerpos de normas a las que el mismo haga remisión directa y expresa. (Congreso de la República, 2001)

Para el caso de Ecopetrol, mediante el artículo 6 de la Ley 1118 (Congreso de la República 2006), se definió que “[t]odos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.”

1.3. Para ciertas entidades públicas

El Banco de la República cuenta con un régimen excepcional de contratación, por expreso mandato del artículo 52 de la Ley 31 (Congreso de la República, 1992), que establece:

Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista. Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado. (Congreso de la República, 1992)

También para la enajenación de la propiedad accionaria estatal “La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria”, por mandato del artículo 2 de la Ley 226 (Congreso de la República, 1995).

Para la contratación con organismos internacionales, la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007) dispuso en el artículo 20 que se regirá por los reglamentos de tales entidades, cuando los contratos o convenios sean financiados en su totalidad o en más del 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales. Así mismo,

Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades., y Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos. (Congreso de la República, 2007)

Finalmente, la contratación de otras entidades estatales se encuentra exceptuada del Régimen General de Contratación de la Administración Pública, según su naturaleza jurídica y participación de los recursos públicos en éstas, como sucede con la contratación con entidades sin ánimo de lucro privadas y las entidades sin ánimo de lucro con participación público – privada, así como las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y empresas con participación mayoritaria del Estado, para las que también se tiene en cuenta su posición respecto de la competencia con el sector privado o mercados regulados.

Así, el artículo 14 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007) señala que

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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales [...]. (Congreso de la República, 2007)

Por su parte, el Decreto 777 (Presidencia de la República, 1992), modificado por el Decreto 1403 (Presidencia de la República, 1992), dictados en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), prescribe que:

Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983. (Presidencia de la República, 1992)

Por último, la Ley 489 (Congreso de la República, 1998) trae un desarrollo normativo referente a fenómenos de asociación entre entidades públicas y privadas, respecto de las cuales señala el régimen legal aplicable remitiendo al derecho privado, así:

Quando la asociación es entre empresas industriales y comerciales del Estado, mediante la creación de filiales (artículo 94, numeral 4), el régimen jurídico aplicable a los contratos es el derecho privado, con la precisión efectuada por la Corte Constitucional (Sent. C- 691, 2007), consistente en que se rigen por éstas disposiciones, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales¹³.

¹³ La Corte Constitucional explica lo siguiente en la referida Sentencia C- 691: “...Y, en relación con las filiales de las **empresas industriales y comerciales del Estado en las que participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, si bien se dispuso por el legislador que su funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las sociedades previstas en el Código de Comercio y la legislación complementaria, tal previsión armoniza con la contenida en el acto de su autorización, ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, en el cual se habrán dispuesto las condiciones en que participa la entidad pública.** [...]”

5. El sometimiento de las sociedades y filiales a las que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, a los actos de creación y a las reglas del derecho privado y especialmente a las del Código de Comercio, no obsta para que de todas maneras queden sometidas a las disposiciones constitucionales que establecen el control fiscal respectivo (art. 267) y a las normas de la Contaduría General de la Nación (art. 354); a las normas constitucionales que consagran inhabilidades e incompatibilidades (art. 180-3, art. 292, art. 323); al control político que corresponde a las cámaras (art. 208); a la delegación de funciones que el Presidente de la República podrá hacer en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); a atender los informes que soliciten las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11), entre otros.

6. Además, el control administrativo de las actividades y programas de las sociedades y filiales a las que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, se ejercerá de conformidad con lo previsto en la citada ley, y mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus

Si producto de la asociación entre entidades públicas y privadas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a las entidades públicas (artículo 96), se crea una persona jurídica, que deberá ser sin ánimo de lucro, se sujetará a “[...] las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común [...]” (Congreso de la República, 1998)¹⁴.

delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad (ley 489 de 1998, art. 109). En relación con las filiales además, en el acto de constitución, cualquiera que sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales las empresa industrial y comercial del Estado que ostenta la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen (Ley 489 de 1998, art. 94, num. 6).

7. Igualmente, y aunque respecto de las mencionadas sociedades y filiales no cabe el ejercicio de *función administrativa*, pues cumplen actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a la violación de aquellos principios propios de la función administrativa por el solo hecho de que el legislador disponga que se rigen por las reglas del derecho privado. Sin embargo, ello no implica que sus actos no deban guardar los principios a que alude el artículo 209 de la Constitución, pues de todas maneras en ellas se encuentran presentes recursos públicos, bien de manera exclusiva o bien en participación con particulares, así como también deberán atender al interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social, sin desconocer la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares.

8. En cuanto al régimen de contratación de las empresas y sociedades creadas con participación de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las empresas filiales de éstas, en los términos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, debe atenderse lo previsto en el artículo 2, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, que cataloga a las empresas industriales y comerciales, a las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, como entidades del Estado para efectos de la contratación administrativa[63], por lo que deberán someterse a las reglas previstas en ésta ley. Además, a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, establece que 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), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.”

¹⁴ Ahora, si la asociación es exclusiva entre entidades públicas, y de dicha asociación se constituyen entidades sin ánimo de lucro, con la finalidad de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios, el artículo 95 de la Ley 489 (Presidencia de la República, 1998) indica que dichas entidades se sujetarán a las disposición previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. No obstante, la Corte Constitucional (Sent. C 671, 1999) declaró la exequibilidad condicionada del citado artículo, cuyo entendimiento deberá ser que el régimen de contratación de la entidad sin ánimo de lucro creada por entidades públicas deberá ser el derecho público: “Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, bajo el entendido de que “las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género”, sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, **de la contratación**, los controles y la responsabilidad **serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.**”

Como puede apreciarse de la anterior muestra, son variados los sectores, actividades y entidades públicas que cuentan con regímenes excepcionales de contratación por disposición del legislador, de manera que, no obstante la reforma realizada en el 2007 y con la que se pretendió recuperar la aplicación del Régimen de Contratación de la Administración Pública, aún continúa desplazado en alta proporción, perdiendo su connotación de Estatuto General y vocación de universalidad con el cual fue concebido¹⁵.

2. Fundamentación para la diferenciación de tratamiento jurídico en la contratación de entidades públicas

2.1. La agilidad o rapidez

El primer argumento en que se fundamenta el legislador para hacer un trato diferencial en materia de contratación para las entidades públicas de ciertos sectores productivos o de la industria, permitiendo que se aparten del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -como se evidenció en el apartado anterior-, reside en la agilidad o rapidez para celebrar los contratos.

¹⁵ En tal sentido, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, en el Documento CONPES 3186 sostiene: “Uno de los puntos analizados en este esfuerzo fue la dispersión de la normatividad en materia de contratación estatal. Este análisis llegó a concluir que la Ley 80 de 1993, nacida bajo la premisa de ser un estatuto único para contratación estatal, había terminado por convertirse no en la regla general de trato en el tema sino en una excepción más, en la medida en la cual numerosas normas de rango legal han creado regímenes excepcionales de contratación para diferentes áreas o actividades públicas y que numerosos decretos reglamentarios de la propia Ley 80 de 1993 adoptan definiciones sectoriales que han desarticulado la vocación unificadora de esta última (P. 2)

[...]

Es un hecho que La Ley 80 de 1993, expedida como un estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal, es hoy una excepción más. Este resultado encuentra su explicación en la evidente falta de una política de regulación sobre la materia, que ofrece como resultado la deshilvanada expedición de estatutos especiales de contratación para sectores de la actividad estatal, la proliferación de decretos reglamentarios de la propia ley sin unidad de criterio y la expedición de normas sobre otros asuntos, principalmente las relacionadas con disposiciones de manejo presupuestal y de tesorería, que terminan afectando el entorno de la contratación pública. El resultado de esta situación es claro: la actividad del gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta hoy a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia.” (P. 16) Y en el Documento CONPES 3249, el cual sustituyó el Documento CONPES 3186, el Consejo expresa: “No obstante su carácter de estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal, es hoy una excepción más, circunstancia que puede explicarse por la escasa adaptabilidad de algunos de sus preceptos a las necesidades de contratación de las entidades y a las características de los diferentes sectores a los que va dirigida, de donde podría concluirse que en algunos casos la ley incurre en un excesivo reglamentarismo que pasa por la definición de procedimientos e instancias sin tener en consideración las diferencias derivadas de la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la contratación con recursos públicos.

Muestra de lo anterior es la proliferación de regímenes exceptivos a la aplicación de la ley, que en la mayoría de los casos no son otra cosa que la búsqueda de salidas para la aplicación de reglas más acordes a la complejidad del objeto contractual y a la realidad del mercado.” (P.8)

Para el legislador es necesario que la actividad contractual que adelantan dichas entidades públicas se realice con la misma prontitud y flexibilidad que lo hacen sus pares en el sector privado, debido a su especial posición de competencia tanto a nivel nacional como internacional y, por tanto, el legislador las faculta para que contraten aplicando las mismas normas de tales sectores en el ámbito privado.

Es el caso del sector de la salud. La fundamentación de la excepción en materia de contratación para las entidades públicas prestadoras de este servicio público -Empresas Sociales del Estado-, puede recogerse en los siguientes apartados de la exposición de motivos del Pliego de Modificaciones al proyecto presentado por el Gobierno Nacional No. 155 de 1992 - ponencia para primer debate (Congreso de la República, 1992):

El último postulado constitucional que el proyecto desarrolla al máximo es el de la eficiencia. Y propone múltiples modos de obtenerla. La eficiencia resulta de un mejor funcionamiento de cada una de las instituciones. Y en el proyecto se incluyen las principales modificaciones al modo actual de funcionamiento de los hospitales, de los financiadores, de los controladores: se buscan entidades autónomas, solventes y descentralizadas. Pero también depende del diseño de un sistema que, en su conjunto, resulte ágil, versátil y económico [...].

2. Entidades Prestadoras de Servicios

Uno de los fundamentos del programa es la competencia entre los proveedores de servicios de salud. Las Entidades Promotoras de Salud prestarán los servicios de salud directamente, o a través de contratos. Las EPS contratarán, cuando ello sea del caso, los distintos tipos de servicios de salud con médicos u otros trabajadores de la salud o con entidades públicas y/o privadas, de acuerdo con las necesidades. De contratarse con entidades públicas, los recursos aquí previstos aparecerían como ventas de sus servicios, como producto de la ampliación de la cobertura. La flexibilidad contractual, por demás permitiría romper con el problema actual de desincentivos al personal de salud para localizarse en las zonas más pobres y apartadas.

En las entidades de prestación de servicios es necesario impulsar una verdadera autonomía financiera y patrimonial, de tal manera que crecientemente puedan tener plena capacidad de obrar y de contratar y obligarse, lo cual hace que se definan

claramente las responsabilidades e impidan que los mayores costos generados en la ineficiencia se transfieran más arriba al nivel central. Para ello, los hospitales y otros centros hospitalarios podrían transformarse en empresas sociales del Estado que, en su funcionamiento, quedarían sometidas al derecho privado. (Congreso de la República, 1992)

Del mismo modo, para el sector de los servicios públicos domiciliarios, en la exposición de motivos del proyecto de ley No. 197 de 1992 -ponencia para primer debate (Congreso de la República, 1992), se consideró lo siguiente:

El sector de servicios públicos cuenta con algunas áreas donde es favorable el fomento de condiciones de competencia entre oferentes del mismo servicio. Las reglas del mercado han sido eficaces en Telecomunicaciones y Energía donde la competencia es mayor debido a la iniciativa empresarial y la emulación entre proveedores. [...].

Estas perspectivas exigen un replanteamiento institucional del sector de servicios públicos en su conjunto. La Nación debe redefinir su papel para fortalecer instituciones reguladoras que más que definir de manera aislada esquemas tarifarios, engloben la gestión de manera integral e involucren los costos al igual que el manejo de precios dentro de un objetivo de mejoramiento de la eficiencia del servicio, disminución de costos, repunte de productividades y aproximación a criterios de mercado [...].

1.2. Búsqueda de eficacia y eficiencia mediante cambios en la organización y en el modelo de gestión.

1.2.1 Los gobiernos del mundo se están reestructurando. El propósito de la reestructuración no es privatizar, descentralizar o dismantelar el Estado; estos pueden ser o no medios para el logro del propósito de la reestructuración: el mejoramiento de la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. [...]

4.12. Las empresas operarán en igualdad de condiciones no habrá privilegios para las que tengan capital oficial (art.23). Los privilegios no solo conducen a que se escondan las ineficiencias sino que, además, tienden a que no se pueda aumentar la

cobertura de los servicios, porque desaniman la participación del sector privado.

[...]. (Congreso de la República, 1992)

Igualmente, en el Proyecto de ley 109 de 1994 (Congreso de la República, 1994), del cual derivaría la Ley 182 (Congreso de la República, 1995), reglamentaria del servicio de televisión, se encuentra:

En la actualidad la televisión regional consta de ocho (8) canales los cuales cubren casi la totalidad del territorio nacional. O sea que en su conjunto tienen un alcance similar al de los canales nacionales. No obstante su incuestionable importancia, no existe una normatividad acorde con su compromiso legal y filosófico, y que a la vez les dé herramientas para desempeñarse en un mercado altamente competitivo.

[...]

Esta situación, conocida de tiempo atrás por todos y ratificada por un estudio realizado en 1999 para la Comisión Nacional de Televisión, en el que se evalúan los distintos indicadores de gestión de estos canales, hace necesaria la intervención del Congreso de la República para definir un marco legal mucho más completo y moderno, que le garantice al país que los dineros del Estado transferidos a la televisión pública sean bien invertidos y la existencia de unos canales regionales competitivos y eficientes. Entendiendo por eficiencia el cumplimiento de las metas y de unos fines y principios establecidos de antemano.

Con este fin se plantean y desarrollan las siguientes políticas en los frentes de la programación, la comercialización y la administración: [...]

Agilidad en la operación

Partiendo del principio de igualdad ante la ley, pero respetando las características particulares de la televisión del nivel regional, se establecen las condiciones para que los canales regionales puedan operar con la agilidad, la autonomía y la libertad de que disponen hoy los canales privados. (Congreso de la República, 1994)

Igual razón, esto es, agilidad en la celebración de los contratos, se evidencia para la excepción de las entidades del sector financiero, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y empresas con participación mayoritaria del Estado. Estas tres últimas comúnmente adoptadas para sectores productivos o de la industria: transporte,

minero, explotación o exploración de recursos naturales, servicios públicos de energía, servicios públicos domiciliarios, empresas del sector de las telecomunicaciones, entre otros. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005 – Senado (Congreso de la República, 2005, pág. 15), antecedente legislativo de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), se lee:

Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. (Congreso de la República, 2005)

En similares términos, y en combinación con razones de internacionalización, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 113 de 2006 – Senado (Congreso de la República, 2006, pág. 4, en el cual se encuentra la motivación para la reforma a la naturaleza jurídica de Ecopetrol, se indica:

Transcurridos tres años desde la reforma del año 2003, se concluye que la misma se quedó corta en lo relativo a dotar a Ecopetrol de las herramientas administrativas y del marco legal para desarrollar dentro de una atmósfera de competencia sus funciones netamente comerciales y empresariales. [...]

Como respuesta a su nueva condición y a la necesidad de reponer y adicionar reservas, a la vez que ser más competitiva, la Empresa se ha trazado grandes retos que buscan su sostenibilidad en el futuro [...] La Empresa deberá también emprender un proceso de internacionalización que le permita ampliar su portafolio de oportunidades y diversificar el riesgo. [...]

Problemas y limitaciones de gestión y planeación

La actual condición de Ecopetrol, que desarrolla su objeto social en un marco de competencia, con desigualdad de condiciones frente a las demás compañías del sector,

hace que se deban considerar y resolver tales restricciones a la gestión de la Empresa.
[...]

En consonancia con lo anterior, el artículo 4° del proyecto establece que todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., así como el ejercicio de los derechos de los accionistas, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Esta regla, que permitirá a Ecopetrol S. A. competir en igualdad de condiciones con las demás empresas petroleras, agilizando sus procesos con el fin de responder a las necesidades del negocio de manera pronta y sin interés del porcentaje de participación accionaria que se encuentre en manos de entes públicos, o del acto o contrato de que se trate.

La consagración de estas excepciones, motivada en las circunstancias o posición frente a la competencia con el sector privado, han hecho merecedor al Estatuto General de Contratación Pública de consideraciones negativas, como que sus requisitos y procedimientos no permiten la agilidad en la celebración y flexibilidad en la conclusión de los contratos, lo cual resulta paradójico en tanto dicho Estatuto contempla como principio rector el de economía, que lleva implícito los principios de eficacia y celeridad. Es decir, la contratación de las entidades públicas sometidas a dicho Estatuto también debería ser ágil.

2.2. Procedencia privada de los recursos asociados a la contratación

Otro fundamento o razón en la que el legislador se basa para consagrar excepciones al Régimen General de Contratación de la Administración Pública, se refiere al origen de los recursos sobre los que versará la contratación. Tal es el caso de la excepción prevista para las contrataciones con organismos internacionales, en las cuales prima la fuente de los recursos o financiación de los mismos provenientes de tales organismos, lo cual parece lógico en tanto no se trataría de recursos de las entidades estatales.

En tal sentido, con la reforma a la Ley 80 (Congreso de la República, 1993), el legislador buscó:

[...] en la línea de dar mayor transparencia a la asignación y entrega de recursos públicos por vía de contratos, el artículo 2° del proyecto tiene por objeto restringir el marco de aplicación de la excepción de aplicación de la Ley 80 prevista en el artículo 13 de la normativa actual para la ejecución de los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y para los contratos celebrados con

personas jurídicas de derecho público internacional u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, en el sentido de que la excepción esté construida alrededor del objeto y no del sujeto, en consecuencia se propone que ésta sea aplicada para los contratos financiados con recursos de banca multilateral, con recursos provenientes de cooperación internacional o derivados de créditos concesionales. (Congreso de la República, 2005).

Sin embargo, la excepción consagrada en el artículo 20 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), sí permite que dichas contrataciones puedan regirse por los reglamentos de los organismos internacionales, no obstante haya participación de recursos de las entidades estatales, si éstos se encuentran en proporción inferior al 50%, de lo contrario se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 (Congreso de la República, 1993).

2.3. La autonomía institucional

También la autonomía de la que deben gozar ciertas entidades públicas, aunado a la pretensión de agilidad, ha sido fundamento para que el legislador considere conveniente efectuar excepciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ello sucede con el Banco de la República, el servicio público de educación superior y el servicio público de energía.

En tal sentido, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 93 Senado (Congreso de la República, 1992), referida al Banco de la República, se encuentra lo siguiente:

El artículo 1° del proyecto dispone que el Banco deberá tener entonces la forma de organización que resulta de las bases que la nueva Constitución señala, esto es, que es un ente del Estado, de rango constitucional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio para el ejercicio de las funciones de banca central, diferente en sus características de otro tipo de entidades públicas, inclusive perdiendo su actual forma societaria. [...]

3. Régimen Jurídico:

Por mandato constitucional el Banco se sujetará a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, de su estructura, sus funciones, atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirán exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución, en la ley y en sus Estatutos. En los casos no previsto por ellas, las operaciones mercantiles y civiles en general, los actos del

Banco que no sean administrativos, se regirán por las norma del derecho privado [...]. (Congreso de la República, 1992)

Para el sector de la educación superior, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 81 (Congreso de la República, 1992), se evidencia también el propósito de agilidad atado al concepto de autonomía:

7. La gestión de la Educación Superior

La gestión de la Educación Superior reviste características distintas según que se trate de las universidades oficiales o de las privadas.

1. El marco de gestión de las instituciones oficiales de Educación Superior está regido, en general, por normas de derecho público, circunstancia que lleva a que su aplicación en tales instituciones no sea compatible con la naturaleza y dinámica de la vida académica e investigativa. [...]

4. Con referencia al régimen administrativo, la sola circunstancia de clasificar a las instituciones oficiales de Educación Superior como entes de derecho público, las sometió a las limitaciones que se desprenden del régimen de contratación administrativa y de su consecuente control fiscal, uno y otro diseñados para el común de los entes oficiales, más no para la particular de la gestión de las instituciones de Educación Superior. (Congreso de la República, 1992)

Y en la ponencia para primer debate se indicó:

Ha querido el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación abordar una reforma y reestructuración de la educación colombiana con tres propósitos fundamentales: [...]

- Realizar variaciones en su estructura organizativa para dotarla de mayor flexibilidad y organicidad, hacerla más orientadora y menos reglamentarista, más competente para fomentar una mayor calidad y capacidad investigativa y hacer el sistema más funcional al cumplimiento de sus fines. [...]

La noción de autonomía académica, propia de la educación superior y de la Universidad, emana de la libertad propia de la creación y transmisión del conocimiento, y en ese sentido es extensiva en diferentes grados a todos los niveles del sistema educativo, de acuerdo a la jerarquía que deviene del grado de autoridad académica. [...]

Es por tanto exclusivamente a la Universidad a la que le es dado dirigirse a sí misma, definir sus estatutos y determinar su organización, sus programas y actividades, sin limitaciones diferentes a la que imponen la Constitución y las Leyes [...]. (Congreso de la República, 1992)

Igualmente para el servicio público de energía se identificó la mencionada motivación como antecedente en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 127 (Congreso de la República, 1992):

El proyecto de ley eléctrica busca subsanar deficiencias estructurales que aquejan actualmente al sector eléctrico, mediante los siguientes elementos:

- La introducción de reformas en la gestión de las empresas eléctricas con el objeto de que sean manejadas con base en principios administrativos sanos.
- La concesión de autonomía presupuestal, administrativa y financiera a las empresas estatales para que puedan operar en un ambiente competitivo y su transformación en sociedades por acciones [...].

Autonomía de las empresas del Estado

La autonomía es otro de los elementos importantes en el buen desempeño de las entidades públicas cuando el Estado, en sus distintas manifestaciones, decida realizar actividades propias de la prestación del servicio.

El objetivo es inducir un verdadero manejo empresarial de las empresas eléctricas de propiedad pública. Sin dicha autonomía, la gestión de los administradores se ve limitada por posibles interferencias negativas, contrarias a los objetivos y metas de una sana administración.

Por esta razón, el proyecto establece que las empresas de carácter oficial que presten servicios de electricidad tendrán autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal (artículo 7°). (Congreso de la República, 1992)

2.4. La globalización

La globalización también ha motivado al legislador para adoptar el derecho privado como régimen de contratación de algunas entidades públicas, precisamente por considerar que la apertura de los mercados que trae la globalización e internacionalización de la economía exigen contar con herramientas y procedimientos ágiles para llevar a cabo el negocio de que

se trate, y como se ha evidenciado, tal parece que las normas propias de la contratación administrativa no ofrecen agilidad en la celebración de los contratos.

Tal situación se presenta en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y en los servicios postales. Así, en el proyecto de ley 112 (Congreso de la República, 2007) antecedente de la Ley 1341 (Congreso de la República, 2009) referida a los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se consideró:

Entendiendo el potencial que representan la convergencia y las TIC en el desarrollo de otros sectores económicos y sociales del país, el Ministerio de Comunicaciones, con base en la revisión y adecuación de la normatividad vigente, entre otras acciones, diseña políticas y genera un marco regulatorio que promueve un uso más eficiente del espectro radioeléctrico y una adecuada administración de este escaso recurso, en beneficio de la sociedad en general.

Esto implica contar con instrumentos e instituciones que permitan un manejo y administración adecuados de este espectro. En la práctica internacional coinciden, tanto los países como los organismos internacionales, en principios que deben prevalecer para lograr un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. Estos son:

1. La modernización y adecuación del marco legal para fortalecer las actividades de administración del espectro con base en el interés público.
2. La independencia organizacional del administrador del espectro que le permita establecer estrategias clave en procesos internos y externos con otras dependencias gubernamentales y organizaciones tanto nacionales como internacionales.
3. Medidas de competencia que garanticen un terreno equilibrado para los prestadores de servicios.
4. La adaptación de las bandas existentes y futuras del espectro, para el aprovechamiento de las ventajas que generan los avances tecnológicos; y una activa participación en la armonización regional y mundial [...]. (Congreso de la República, 2007)

Para las empresas prestadoras de servicios postales, en el Proyecto de Ley 01 Senado (Congreso de la República, 2008), se encuentra:

En un mundo globalizado, el funcionamiento eficiente del Sistema Postal es fundamental para incentivar tanto el crecimiento económico como el rápido y seguro intercambio de los bienes y servicios; así las cosas, Colombia no escapa a esta necesidad de estimular este sector con miras a fortalecer su crecimiento económico. La internacionalización de la economía colombiana, también ha propiciado la evolución de sus servicios de comunicación, entre ellos el servicio postal. [...]

Objetivo General del proyecto de ley

El país puso fin al monopolio estatal en la prestación de los servicios postales en la Ley 80 de 1993. La empresa Servicios Postales Nacionales S.A., es una empresa industrial y comercial del Estado y está dotada de todos los instrumentos para que compita con los Operadores privados. [...]

El proyecto de ley que aquí se presenta pretende ser el marco legal, que permita a todos los habitantes del territorio nacional contar con servicios postales apropiados, que se adapten con la rapidez necesaria a los avances de la tecnología de todos los rincones del país, que combine la liberalización del mercado con la presencia del Estado como regulador y también como proveedor de los recursos que se requieran para que progresivamente se alcancen los niveles deseables del Servicio Postal Universal. (Congreso de la República, 2008)

2.5. Ausencia de motivos expresos

Por último, llama la atención que en ocasiones no se evidencia justificación o fundamentación para que el legislador exceptúe a ciertas entidades del régimen general de contratación de la administración pública. Tal es el caso de las excepciones señaladas para el sector defensa, transporte y turismo, para los que, en la correspondiente exposición de motivos de los proyectos de ley, no se encuentran referencia a las razones o motivos por los cuales se consideró que las contrataciones de las entidades públicas de dichos sectores debían someterse preferentemente al derecho privado. No obstante ello, las excepciones quedaron plasmadas en las Leyes 105 (Congreso de la República, 1993), 300 (Congreso de la República, 1996) -modificada por la Ley 1450 (Congreso de la República, 2011)-, 1150 (Congreso de la República, 2007), 1341 (Congreso de la República, 2009) y 1427 (Congreso de la República, 2010) como se presentó en el apartado anterior.

3. Inconvenientes que comporta la dualidad de regímenes en materia contractual administrativa

Al igual que las variadas excepciones al Régimen de Contratación de la Administración Pública, son varios los inconvenientes que la dualidad de regímenes trae para las entidades estatales en su actividad contractual. A continuación se exponen los problemas que se presentan, en mayor medida para las entidades exceptuadas, en tanto, tienen un tratamiento diferencial, pero no exclusivamente para éstas, por cuanto esta dualidad también puede repercutir en las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Como inicial problemática se puede señalar la identificación o interpretación de la categoría de contratos estatales introducida por la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, la cual desde su regulación debería ser exclusiva para aquellos contratos que son celebrados por entidades estatales, siendo éstas las sometidas a dicha legislación. Por tanto, los contratos celebrados por entidades públicas con régimen excepcional, es decir, las que se encuentran exceptuadas de tal régimen y sometidas de manera preferente al derecho privado, no deberían entrar en la citada clasificación como contrato estatal.

Sin embargo, y contrario a la consagración legal del artículo 32 de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993) que señala, adoptando un criterio subjetivo, que son contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones **que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto [...]**”, el Consejo de Estado extiende la categoría de contrato estatal, en su interpretación jurisprudencial, a todos los contratos celebrados por entidades estatales, se encuentren sometidas o no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Con ello, confunde el ámbito de aplicación legal de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993)¹⁶, creando incluso una categoría que denomina “especial”

¹⁶ En efecto, en salvamento de voto a la Sentencia de 24 de mayo de 2006, Sección Tercera, radicado 31024, la Consejera Ruth Stella Correa Palacio puntualiza: “*El estatuto de contratación de la administración pública contenido en la ley 80 de 1993, sólo es aplicable a los actos jurídicos generadores de obligaciones que se celebren por una de las entidades a que se refiere ese estatuto¹⁶, contrario sensu, los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades, así sean estatales, diferentes a aquellas a que se refiere la normativa en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas.*”

Y en salvamento de voto a la Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Sección Tercera, radicado 24639, la Consejera Ruth Stella Correa Palacio expresa: “*...me permito aclarar voto en relación con algunas de las consideraciones expresadas en la parte motiva del fallo, porque entiendo que contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, opinión que fundamento en las siguientes razones:*

de contratos estatales. Esto genera confusión e introduce una clasificación de contratos que el mismo legislador de 1993 quiso erradicar al crear una única categoría: contrato estatal (derogando la antigua clasificación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración). Vía jurisprudencial se amplía la categoría, incluso pareciera que revive la anterior división de tipos contractuales entre contratos administrativos y de derecho privado de la administración, que tantas dificultades trajo, y que fue una de las razones para la expedición de la misma Ley 80 (Congreso de la República, 1993).

En efecto, varios pronunciamientos del Consejo Estado denotan tal “categorización”. Así, el Consejo de Estado (Sentencia de Anulación de Laudo Arbitral, 2006), que reúne varios antecedentes jurisprudenciales sobre este aspecto, se lee:

Sobre este tema la Sala, el 6 de junio de 2002¹⁷, dejó sentada la tesis de que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de este tipo de recursos porque, de un lado, el régimen jurídico sustantivo privado que se aplique

1. La Sala señaló que “resulta pertinente precisar que si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional. Ese criterio ha sido adoptado en diversas oportunidades por esta misma Sala, para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho común, sobre lo cual se ha dicho que ambos son contratos estatales, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídico-sustantivo diferentes”. Se fundamentó en jurisprudencia de la Sección –Auto de 8 de febrero de 2001, expediente No. 16.661-, según la cual la categoría de contratos estatales no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.

2. La definición de contrato estatal está dada por el mismo Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como todo acto jurídico generador de obligaciones que se celebre por una de las entidades a que se refiere ese estatuto¹⁶, definición que permite concluir, contrario sensu, que los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por otras entidades estatales, diferentes a aquellas a que se refiere el estatuto en el artículo 2º, no están comprendidos dentro de su ámbito de regulación y mal puede aplicárseles alguna de sus normas, comenzando por la definición de contrato estatal allí contenida.

Es decir, en los términos establecidos por el legislador, contrato estatal es sólo aquel regido por el estatuto de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1.993, esto es, aquellos negocios jurídicos que en los términos de los artículos 32 y 2 ibídem, son celebrados de una parte, por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto, y no están comprendidas allí, aquellas que en virtud de norma con fuerza de ley han sido expresamente excluidas de su aplicación.

Ello por cuanto la definición de contrato estatal se estructura sobre la noción de que el negocio jurídico sea celebrado por una entidad de aquellas a que se refiere el estatuto de contratación de la administración pública, y no sobre la premisa de que sea celebrado por cualquier entidad estatal, es decir que las entidades estatales que no están cobijadas por ese estatuto no celebran contratos estatales.

3. En este sentido, el contrato fuente de esta demanda no es estatal, por que no fue celebrado por una de las entidades a que se refiere el estatuto de contratación estatal.”

¹⁷ En esta Sentencia el Consejo de Estado cita el caso Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom contra Nortel Networks de Colombia S.A. (2002).

a los contratos de estas empresas no conduce necesariamente a concluir que el juez de la controversia sea igualmente el ordinario y, de otro lado, **la naturaleza estatal -en sentido amplio- de los negocios que celebran estas entidades**, permite inferir que es el juez contencioso administrativo quien debe juzgar sus controversias. Lo anterior se contiene en los siguientes apartes de dicha sentencia: [...] **“De este modo, son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”** (Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom contra Nortel Networks de Colombia S.A., 2002).

Posteriormente esta misma Sección (Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorio S.A. E.S.P., 2002) reiteró las indicadas ideas, al precisar:

[...] igualmente, que los contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y en particular el contrato AL-019/97, **es un contrato estatal especial, en cuanto que no le es aplicable el régimen contenido en la ley 80 de 1993, sino el del derecho privado, aunque, dada la condición de contrato estatal** [...]. Ya la sala al definir el juez competente para dirimir los conflictos contractuales que se suscitan cuando una de las partes contratantes sea una universidad pública, teniendo en cuenta que éstas poseen un régimen excepcional a la ley 80 de 1993, sostuvo en el auto de 20 de agosto de 1998, exp. 14.202 lo siguiente: [...]

4.1.3. A juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar **dos grandes categorías de actos contractuales:**

1ª **Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley.** Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico [...].

2ª **Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio...**

De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría “contratos estatales” no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales

que celebren las entidades del Estado relacionadas en la ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos:

1° Contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993.

2° Contratos estatales especiales [...] (Acuatioquia S.A. E.S.P. contra Consorcio Ferancisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria CIA S.A., 2006).

En esa misma directriz, en sentencia del 6 de junio del año en curso, mediante la cual se decidió un recurso de anulación contra un laudo arbitral, en donde una de las partes del contrato y del proceso era una empresa oficial de servicios públicos (Telecom), se reiteró el anterior criterio jurisprudencial [...]. En consecuencia, como se trata de un contrato estatal, no hay ninguna duda de que el conocimiento de las controversias surgidas de dicho contrato corresponde a esta jurisdicción [...]. Posteriormente, en un caso donde era parte la misma entidad pública que lo es en el presente proceso -Exp. 25.155. Octubre 30 de 2003. Impugnante: Acuatioquia S.A. E.S.P.- esta sala expresó:

[...] Este criterio final, que reivindica la competencia de ésta jurisdicción, cierra el grupo de argumentos expuestos hasta hoy por la Sala, y se funda en un factor normativo más preciso. **Dándole aplicación, todo contrato estatal, sin importar el régimen jurídico que lo rija**, cuyos conflictos hayan sido dirimidos por un tribunal de arbitramento, y cuando quiera que se recurra en anulación al laudo que les puso fin, este recurso será de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Acuatioquia S.A. E.S.P. contra Consorcio Ferancisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria CIA S.A., 2006)

El segundo inconveniente que se presenta es la determinación del régimen jurídico aplicable cuando el contrato es celebrado entre una entidad pública exceptuada del régimen general de contratación pública y otra entidad estatal sometida a dicho régimen, prevalenciando el

régimen jurídico excepcional de la entidad contratante, sobre el de la entidad contratista también pública.

En efecto, para el Consejo de Estado (Banco Granahorrar contra Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, 2009), el régimen jurídico aplicable es el de entidad estatal contratante exceptuada del Régimen General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, para esta tema, como en el anterior, la posición no es unánime, aunque la línea trazada fuera la mayoritaria, en tanto, en salvamento de voto se expresa que para la entidad estatal contratista no debería entenderse por absorbido o derogado su régimen de derecho público en una específica relación contractual, siendo de difícil compatibilización ambos regímenes:

2. Régimen jurídico del contrato interadministrativo celebrado entre una entidad regida por el derecho privado y otra regida por la ley 80.

Considero que una parte del razonamiento empleado por la Sala para resolver el caso concreto –y resumido atrás- es errado. Concretamente, es equivocada la afirmación según la cual el contrato de recaudo se rigió por el derecho privado.

En efecto, no se puede sostener que si en un convenio interadministrativo una parte del contrato –es decir, una de las entidades estatales- se rige por el derecho privado –en este caso el Banco- y la otra por la ley 80 –en este caso el ISS-, entonces el negocio es de derecho privado, y por ende se rige por los estatutos civil y comercial. En tal evento, si bien al Banco se le aplica el derecho privado, no es menos cierto que al ISS se le aplicaba ley 80, de allí que no se puede sostener que un régimen jurídico absorbe al otro –como lo deja implícito la Sala-, por la sencilla razón de que una ley –la privada- no deroga a la otra –a la pública-, ni viceversa; ni un régimen transforma al otro. Por esto, el análisis no se podía realizar en estos términos, no obstante que la Sala así lo sostiene.

De hecho es necesario preguntar: ¿en qué se funda la conclusión de que en estos eventos el contrato se rige por el derecho privado? ¿Acaso la ley 80 así lo establece? Lo correcto es diferenciar el régimen contractual de una entidad del aplicable a la otra, y mantenerlos separados, pues las leyes que se los asignan conservan su vigencia, en medio de la posibilidad que ambos estatutos les confieren para que realicen negocios jurídicos entre sí.

Al actuar de este modo, las entidades estatales se encuentran ante un dilema práctico que deben resolver, pero que nunca sugiere aquél otro problema acerca de si una de las dos entidades deja de regirse por el derecho contractual que la ley les asignó. Se trata de concretar si en el contrato interadministrativo se deben observar las reglas, requisitos y formalidades que contempla la ley 80 y sus reglamentos, o se pueden hacer a un lado, teniendo en cuenta que el derecho privado no las establece.

La Sala responde –equivocadamente- que “... **el convenio de servicios de recaudo No. 4129-D...**, **estuvo gobernado por las disposiciones contenidas en el derecho privado...**”, lo que significa que la entidad estatal parte del negocio, y que tiene como régimen jurídico la ley 80, no tiene que cumplir con las exigencias, requisitos ni ejercer las facultades que dicho estatuto le establece.

En este orden de ideas, la Sala implícitamente sostiene y autoriza que el contrato no se publique –cuando esto se requiera-; ni que se liquide bilateralmente, en los plazos que establece la ley; entre otras exigencias derivadas de la norma pública.

Desde mi punto de vista, la solución al tema es más sencilla: Cada entidad pública debe cuidar que el contrato interadministrativo cumpla con el régimen jurídico que le es propio, pues ante la ley deben respetarlo –de esto se encargarán, en su defecto, los órganos de control-. En tal sentido, no se modifica el régimen normativo de ninguna de las partes del negocio, de manera que deben cumplir las exigencias que le son propias.

En estos términos, si cada parte cuida que el contrato se ajuste a su propio régimen, entonces una y otra asegurarán la defensa del régimen que la ley les impuso, y simplemente deberán negociar, acordar o pactar la forma de ajustarse a las exigencias que alguna de ellas tiene, pero que la otra no requiere.

Por esta razón, no es adecuado sostener -como lo hace la Sala en la sentencia- que el contrato celebrado por el Banco y el ISS se rige por el derecho privado, pues una y otra entidad negociaron, cada una con el régimen jurídico asignado por la ley, luego lo conservan mientras la ley no disponga otra cosa.

Ahora, lo que sí se puede hacer es un balance sobre el tema, en lo cual también la Sala se equivoca. En tal sentido, se observará que en virtud de las exigencias especiales y mayores que impone la ley 80 a las entidades que se rigen por ella –

para efectos del perfeccionamiento y la legalización del contrato- un convenio interadministrativo, celebrado en las condiciones del caso concreto, debe cumplir con los requisitos especiales de esta ley, pues al ser más gravoso absorbe la flexibilidad del derecho privado, e impone –a través de una de las partes del contrato- el deber de ajustarse a sus requisitos.

En otras palabras, para la entidad regida por la ley 80 es imperativo respetar esta norma y cumplir todos sus requisitos, con lo cual terminará materialmente –no jurídicamente- involucrando a la otra entidad parte del negocio.

En este sentido, la ley 80 se convierte en una especie de régimen dominante sobre el derecho privado -por ser el que más exigencias tiene-, de allí que la otra parte del contrato debe ajustarse a los requerimientos más complejos, pues de no hacerlo pondría a la parte estatal que se rige por la ley 80 en condiciones de violación a dicho estatuto –con las consiguientes sanciones por este hecho. (Banco Granahorrar contra Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, 2009)

Con estos pronunciamientos del Consejo de Estado, evidenciando el salvamento de voto, se quiere significar el inconveniente que comporta la existencia de regímenes excepcionales en lo que a la categorización del contrato estatal y su régimen jurídico comporta en la práctica. La tercera dificultad a la que se enfrentan las entidades con regímenes excepcionales de contratación consiste en determinar el alcance en la aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como los principios legales aplicables a la contratación pública.

Por expresa disposición del artículo 13 de la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007)¹⁸, las entidades públicas que se encuentran por fuera del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar los principios de la función administrativa, la gestión fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades,

¹⁸ “ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

así como los principios legales aplicables a la contratación administrativa, pero sin olvidar que se trata de una contratación que, no obstante ser realizada por entidades públicas y con inversión de recursos públicos, se rigen preferentemente por el derecho privado. Esta estrecha relación que se ha generado entre el derecho público y el derecho privado ha puesto a la contratación administrativa en una disyuntiva: agilidad versus aplicabilidad de valores y principios típicamente públicos.

Lo anterior lleva a un importante cuestionamiento: ¿Cuál es la extensión o el grado de aplicabilidad de los principios de la función administrativa -economía, publicidad, imparcialidad, igualdad, eficacia, moralidad y celeridad- en la actuación de las entidades públicas con régimen de contratación excepcional, es decir, regidos preferentemente por el derecho privado? O, en otras palabras, ¿Qué significado deben tener los principios de la función administrativa en un escenario propio de derecho privado?

La dificultad en la aplicación práctica de los principios de la función administrativa, o de los específicamente regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad, entre otros-, genera problemas de diversas índoles, en la medida en que pueden pugnar con los valores que privilegia el derecho privado, como la efectividad, eficacia, agilidad y versatilidad.

Habrán algunos que no tendrán mayores dificultades en la medida en que se acerquen a los mismos propósitos de agilidad y rapidez en la conclusión de la escogencia del contratista – economía, celeridad, eficacia-, así como en la ejecución y terminación del contrato celebrado. Pero, definitivamente, para otros principios que se encuentran estrechamente ligados con lo público, se presentan mayores complejidades, como las siguientes: ¿cómo garantizar la publicidad cuando la contratación privada no exige convocatorias públicas o divulgación en medios masivos o de acceso al público?, ¿cómo asegurar la igualdad cuando en la normatividad privada no es necesaria la libre competencia?, ¿cómo mantener la moralidad y selección objetiva cuando la normatividad privada permite las preferencias subjetivas y no requiere participación plural?

La estrecha relación que se presenta entre el derecho privado y el derecho público en la contratación administrativa, acrecentada por el fenómeno de la globalización, puede ser muy negativa si con la misma se busca anular los principios y garantías propias del derecho

administrativo, especialmente sensible a las nuevas exigencias de agilidad y cobertura, por un lado, y atada directamente a la satisfacción del interés general, de otro.

En cuarto lugar, otro inconveniente que trae la dualidad de regímenes en la contratación pública se encuentra en el alcance del control de la actividad contractual de las entidades con régimen excepcional. En efecto, por tratarse de entidades públicas, por expresa disposición de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) (artículos 267 y siguientes, y 277), los órganos de control, es decir, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, y personerías a nivel municipal, tienen el deber de ejercer su función de control respecto de la actividad contractual de estas entidades. Pero, ¿cuál debe ser el objeto y alcance de dicho control?, ¿con base en qué normas contractuales debe ser ejercido?, ¿las normas del derecho privado propio de su régimen excepcional de contratación o con fundamento en la normatividad aplicable a la contratación administrativa? No cabe duda que se debe ejercer el control, en tanto se trata de la contratación adelantada por entidades públicas y de la utilización de recursos públicos, pero dicho control no debería mirarse bajo las formalidades y procedimientos propios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni las mismas exigencias que son atribuibles a las entidades sometidas a éste. No sólo porque las ritualidades que el mismo consagra son inaplicables por expresa disposición legislativa, sino porque la dinámica de una contratación basada en la normatividad propia del derecho privado, por definición, no se acerca a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, como fue esbozado. En efecto, es difícil apreciar cómo una contratación que no se realiza por convocatoria pública, ni se publica en medios de gran difusión, ni en la que haya participación plural, pueda observar principios como la igualdad, la publicidad, la libertad de concurrencia o la imparcialidad. La situación es compleja, aún cuando se entienda que el derecho privado no tiene, por regla general, tales exigencias, y por ese hecho no necesariamente la contratación es inmoral o vaya en contra de la adecuada ejecución de los recursos públicos.

Es, sin lugar a dudas, una contradicción querer conciliar esta situación en tanto no se comprenda que la forma de celebrar el contrato, es decir, la etapa de formación de la voluntad o precontractual, es simplemente diferente cuando se está en el ámbito del derecho privado que cuando se está en la órbita de la contratación pública sometida a su régimen natural, y como tal, para las entidades exceptuadas no es propicio que el control sea efectuado a partir

de la lógica de las formas propias de los procedimientos de selección contemplados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Lo anterior conduce al quinto inconveniente, consistente en la duplicación o réplica de los procedimientos de selección de contratistas consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los manuales o reglamentos de contratación de las entidades exceptuadas, provocado por la dificultad de determinar la extensión de la aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como los principios legales de la contratación administrativa, con lo cual se alejan de la pretendida mayor agilidad propia del derecho privado, haciendo casi nugatoria la excepción legislativa que les permite aplicar la normatividad privada.

En efecto, son numerosos los ejemplos de manuales o reglamentos de contratación de entidades públicas exceptuadas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública, en los que se establece la licitación pública como procedimiento de contratación general, o se adoptan procedimientos por convocatoria pública, o invitaciones privadas con participación plural, para las que se deben confeccionar pliegos de condiciones o documentos contentivos de las condiciones de la contratación¹⁹, e incluso introduciendo exigencias o

¹⁹ Como ejemplos de Manuales de Contratación de entidades con régimen excepcional, se pueden citar, entre otros, los siguientes:

Empresa de Desarrollo Urbano (EDU): Adoptado por la Junta Directiva mediante Resolución N° JD 005 de 3 de abril de 2013 “Por medio de la cual se adopta el Manual Interno de Contratación de la Empresa de Desarrollo Urbano – EDU”, posteriormente la Gerente General de la EDU, reglamentó los procedimientos contractuales contenidos en el Manual Interno de Contratación de la EDU, mediante Resolución GG 635 de 10 mayo de 2013.

Instituto de Desarrollo Urbano (IDU): Adoptado por el Director General mediante la Resolución 0015 del 2 de enero de 2014, por medio del cual adoptó el documento MG-GC 006 Manual de gestión Contractual Versión 11.0.

Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM): Adoptado por la Junta Directiva de EPM mediante el Decreto 260 del 10 de febrero de 2009.

UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (UNE): Adoptado por la Junta Directiva de UNE mediante la Directiva N°. 006 del 26 de junio de 2007, posteriormente mediante la Directiva N° 22 del 29 de noviembre de 2012, se fijan cuantías para contratar.

Fondo de Promoción Turística (FONTOUR): Consorcio Alianza Turística – Fondo de Promoción Turística, adoptado en agosto de 2011.

Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada (METRO DE MEDELLIN): Adoptado por la Junta Directiva mediante la Resolución 125 de 28 de diciembre de 2007

Servicios Postales Nacionales S.A. (4-72): Adoptado por la Junta Directiva mediante Acuerdo N° 0000003 el 26 de enero del 2012.

Universidad Nacional de Colombia: Adoptado por el Rector mediante la Resolución N°. 1952 de 2008 y posteriormente modificada por la Resolución N°. 872 de noviembre 6 de 2013.

Universidad de Antioquia: Adoptado por el Consejo Superior mediante Acuerdo Superior N° 095 de octubre 21 de 1996, con diversas modificaciones posteriores.

requisitos propios del Estatuto General de Contratación Pública del que están exceptuados. Ahora bien, la discusión no versa sobre lo recomendable o prudente que pueda ser la adopción de tales procedimientos, sino que en una contratación regida preferentemente por el derecho privado no tendría que ser necesario.

El sexto inconveniente que comporta la dualidad de regímenes en materia de contratación administrativa, se evidencia en la inadecuada aplicación de las normas propias del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por parte de las entidades públicas exceptuadas, las cuales están sometidas preferentemente al derecho privado, a menos que el legislador, no obstante haber consagrado la excepción, permita se aplique parcialmente o en alguno aspectos.

En la práctica es común ver que las entidades exceptuadas, vía manuales o reglamentos de contratación, adopten o apliquen, sin encontrarse autorizadas legalmente para ello, instituciones propias de la contratación pública, en especial: los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, esto es, las cláusulas exorbitantes, aplicación de multas de manera unilateral y de la cláusula penal, e incluso establecen la liquidación unilateral como su facultad. Igual sucede con asuntos relativos a la capacidad de los contratistas, como el Registro Único de Proponentes y las formas asociativas de los consorcios y las uniones temporales.

En efecto, no obstante estar exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, exigen a sus futuros contratistas estar inscritos en el Registro Único de Proponentes como requisito que afecta la capacidad jurídica de los particulares, lo cual es ajeno al derecho privado. Así mismo, contratan con consorcios y uniones temporales, formas asociativas a las que sólo el legislador, como corresponde, les reconoce capacidad para contratar con entidades sometidas al Régimen General de Contratación de la Administración Pública –artículo 7 de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993)- aunque no surjan como una nueva personas jurídicas independientes a sus integrantes. Figura igualmente ajena al derecho privado, donde pueden existir tales formas de asociación como expresión de los acuerdos o contratos de colaboración, pero no dotados de capacidad jurídica para contratar, como sí lo están en virtud de la Ley 80 de 1993. De otro lado, invocando el principio de la

Ecopetrol S.A.: Aprobado por el Comité de Junta Directiva y la Junta Directiva, elaborado el 15 de octubre de 2012.

autonomía de la voluntad, aplican directamente multas, cláusulas penales, e incluso declaran incumplimientos contractuales, olvidando que tales prerrogativas excepcionales para las entidades públicas encuentran fundamento o fuente en la autorización expresa del legislador, y no el convenio de las partes.

Pareciera que las entidades exceptuadas se encuentran en mejor posición que las entidades estatales en lo que a la contratación se refiere. De un lado, por estar exceptuadas, no aplican los procedimientos o modalidades de selección de contratistas que implican convocatoria pública, esto es, licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación de mínima cuantía establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ni los requisitos y formalidades que exigen cada una de ellas. Pero sí acuden a los mecanismo y facultades exorbitantes o excepcionales con los que dicho Estatuto dota a las entidades estatales para ejercer prerrogativas sobre sus contratistas -cláusulas excepcionales-, y utilizan instituciones propias de la contratación pública sometida a dicho Estatuto General, como los consorcios y las uniones temporales, así como el Registro Único de Proponentes, por las bondades de las mismas, pero en manifiesta contravía de la excepción que las cobija. Respecto a la imposibilidad de que las entidades exceptuadas del Régimen General de Contratación de la Administración Pública apliquen o pacten las cláusulas excepcionales, y que impongan de manera unilateral multas o hagan efectivas las cláusulas penales, ha tenido oportunidad de pronunciarse el Consejo de Estado (Banco Granahorrar contra Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, 2009), expresando:

Establecidas estas premisas se advierte que como el convenio 4129-D se rigió por el régimen del derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común.

Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

[...] Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222 / 83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos.

Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso. (Subrayado no es del original)

Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. (Banco Granahorrar contra Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, 2009) (Negrillas fuera de texto)

En séptimo lugar, se identifica el inconveniente que se presenta a causa de la dualidad de regímenes de contratación, cuando se deben solucionar conflictos asociados a esta actividad, bien en su celebración, bien en su ejecución y terminación. La dificultad no radica en la determinación del juez competente, por cuanto el artículo 104 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República, 2011), indica que:

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.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

[...]

PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Por tanto, la definición del juez de conocimiento no depende del régimen de contratación de la entidad pública. Es decir, el juez administrativo debe conocer de todos los asuntos contractuales respecto de los cuales esté vinculado una entidad pública, según la definición de ésta en el parágrafo del citado artículo, sea cual fuere su régimen jurídico de contratación, incluso para las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y las privadas con participación pública inferior al 50%, respecto de las cuales el contrato debe o haya debido incluir cláusulas exorbitantes para ser de conocimiento del juez contencioso, según interpretación precisada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en los Autos de noviembre 21 de 2013 (EMCALI E.I.C.E E.S.P contra Comercializar S.A.

E.S.P, 2013) y de febrero 12 de 2014 (Estructura de Finanzas S.A. contra Fonade, 2014), con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero²⁰.

El problema radica en que el juez especializado para los asuntos del Estado deba aplicar y manejar permanentemente la duplicidad de regímenes de contratación -Estatuto General de Contratación de la Administración Públicas y regímenes especiales consistente en la aplicación preferente del derecho privado-, identificarlos, precisar las excepciones al régimen general, determinar el alcance en la aplicación de los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y los principios legales aplicables a la contratación pública cuando se trata de contratos sometidos a un régimen excepcional, analizar los diferentes manuales de contratación que cada entidad exceptuada adopte, entre otras situaciones, lo cual aporta al desgaste de esta jurisdicción que tal pareciera vuelve al conflicto que otrora se presentaba antes de 1993 cuando existía la dualidad entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Finalmente, en octavo lugar, se identifica otro inconveniente que trae la dualidad de regímenes de contratación, y quizás una de las más preocupantes en la actualidad, es la crítica consistente en que la gran cantidad de excepciones al Régimen General de Contratación de la Administración Pública, hacen proclive o pudieran ser favorable para el fenómeno de la corrupción²¹, en tanto muchas de tales entidades o actividades no deberían encontrarse exceptuadas del ámbito de ampliación del Estatuto General, lo cual podría conectarse directamente con la inexistencia o la insuficiencia en la fundamentación para establecer dichas excepciones, y por la ausencia de medidas de control como la plena aplicación de

²⁰ El anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 (Presidencia de la República, 1984), en su artículo 82, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 (Congreso de la República, 2006), indicaba que el objeto de la jurisdicción contenciosa se dirige a: “...juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.” Por tanto, la definición del juez de conocimiento no dependía del régimen de contratación de la entidad pública. Es decir, el juez administrativo debe conocer de todos los asuntos contractuales respecto de los cuales esté vinculado una entidad pública sea cual fuere su régimen jurídico de contratación, según que perceptuaba dicha norma.

²¹ Al particular puede consultarse el Documento Conpes 3186 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2002).

principios de la función administrativa, de la gestión fiscal, y los propios de la contratación estatal.

En efecto, el manejo de los recursos públicos a través de la contratación implica, necesariamente, un tratamiento diferencial en la formación de la voluntad de la Administración, apartándose tangencialmente del derecho privado, en tanto exige, sin excepción, evitar motivaciones subjetivas o de afecto que favorezcan intereses particulares, escapando al fin último de la contratación con recursos públicos, cual es, sin distinción, el interés general.

La afectación al interés general, la moralidad y pulcritud que debe imperar en toda actuación administrativa, es el inconveniente o problemática más importante que atraviesa la contratación pública, y que muchas veces se incrementa por la multiplicidad de regímenes excepcionales, no porque por definición permitan la corrupción, sino porque dificultan identificar con claridad cuáles son los procedimientos apropiados para salvaguardar tales principios.

En la medida que los jueces, los órganos de control, los operadores jurídicos y en general la sociedad, tengan dificultades en identificar claramente la extensión de los principios de la función administrativa, cuándo se respetan y cuándo se desconocen, hasta dónde es posible que en la contratación con recursos públicos se apliquen normas del derecho privado y hasta dónde no por ser contrarias al interés general, la rectitud y la adecuada ejecución de recursos públicos vía contratación seguirá siendo cuestionada. Lo preocupante es que un motivo por el cual esta situación se puede agudizar es el escenario actual en el cual proliferan diversos regímenes excepcionales de contratación.

Conclusión: Es necesario un régimen especial uniforme para la actividad contractual del Estado

Atendiendo el fin último que debe perseguir la contratación que realizan las entidades públicas, esto es, el interés general²², se justifica un régimen especial para la actividad contractual del Estado que propugne fundamentalmente por el respeto a dicho fin último, así

²² Con independencia de las demandas de agilidad que son comunes y sentidas en la generalidad de las entidades u organismos públicos, se encuentren o no en competencia con el sector privado, afectadas en mayor o menor grado por el fenómeno de la globalización e internacionalización de la economía, así como de la autonomía de que gozan algunas entidades a diferencia de las que se encuentran estrechamente vinculadas al nivel central.

como al manejo de los recursos cuya fuente son los fondos públicos que aporta la comunidad, y que debe ser revertido en la satisfacción de sus necesidades.

De otro lado, los inconvenientes que representan la dualidad de regímenes en materia de contratación para las entidades públicas, detallados en el acápite anterior, son razones de peso que llaman a superar la extendida y progresiva excepcionalidad que se ha presentado a la aplicación del Régimen General de Contratación Pública, especialmente en lo que se refiere a la etapa precontractual, siendo necesario tal régimen especial, principalmente, a fin de permitir la objetividad, transparencia y moralidad en la celebración de los contratos, y el ejercicio de los poderes exorbitantes o excepcionales, siendo posible la complementariedad del derecho privado en otros temas como los tipos de contratos, obligaciones, ejecución y contenido general, cuya remisión actualmente está contenida, según el régimen jurídico mixto que consagra, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública vigente (Congreso de la República, 1993)²³.

La necesidad de un régimen especial para la contratación pública ha sido analizada en diferentes escenarios, no siendo novedosa esta conclusión. Lo paradójico es que, pese a su aparente amplia y generalizada aceptación, como si se tratase de una verdad irrefutable, y que ha sido considerada incluso a nivel de política pública, como se desprende del Documento Conpes 3186 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2002)²⁴,

²³ ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

²⁴ “2. El carácter “especial” de la regulación de la Contratación Pública.

Una primera pregunta para orientar la política regulatoria en la materia, es la de plantearse si se justifica contar, o no, con un marco regulatorio especial para la contratación pública o si, por el contrario, esa necesidad podría verse satisfecha con los códigos que gobiernan la actividad contractual privada, a saber: el Código de Comercio y el Código Civil. Nuestra respuesta, derivada de la discusión que sobre el efecto abordó la “Misión de Contratación” es clara: sí es necesario contar con un régimen especial, pero ese régimen no debe pretender abarcar la totalidad de los aspectos contractuales, sino sólo aquellos en los que el interés público pudiere estar involucrado y que pueden sintetizarse en dos temas: la selección del contratista, a efecto de evitar la escogencia arbitraria y de estimular que el Estado escoja la oferta que más le convenga; y, los poderes administrativos de ejecución del contrato, que como figuras de excepción que son, deben utilizarse exclusivamente para asegurar que el contrato sirva para el buen propósito de materializar el interés público involucrado. Finalmente parece necesario que se recoja un régimen de prohibiciones y normas claras y efectivas relacionadas con la solución alternativa de controversias y el arbitraje administrativo.

A esa visión estrictamente jurídica, habría que agregarle un propósito adicional: el de producir la regulación que resulte necesaria a efecto de hacer posible la intervención en la actividad destinada a obtener resultados de carácter socioeconómico.

contradictoriamente continúe la avanzada en la separación de este régimen con las múltiples excepciones a su aplicación otorgadas por el legislador²⁵.

En orden con lo anterior, que en el tiempo presente continúe siendo necesario y justificado un régimen especial de contratación para las entidades públicas, exige, en consecuencia, que sea replanteado, precisamente por las mismas razones con base en las que ciertas actividades productivas y entidades son exceptuadas de su aplicación: agilidad, eficacia, autonomía, competencia con el sector privado, globalización e internacionalización de la economía. En ello radica el llamado a la necesaria revisión del papel que el derecho administrativo, en materia de contratación, debe cumplir, dado el actual escenario social-global que reclama acciones asertivas, prontas y eficaces, pero también, y sobre todo, con sentido y reconocimiento de lo público, que demanda transparencia para afrontar los retos a los que hoy está convocado el Estado como contratante no sólo para satisfacer necesidades, sino como actor económico²⁶.

De lo expresado se deriva una conclusión importante en la orientación de la regulación de la contratación estatal: toda norma que se expida debe guardar coherencia con esos propósitos.

Cualquier otra “necesidad” normativa debería ser objeto de solución a través de las normas generales de contratación. Como es obvio, esa precisión elimina de raíz tanto disposiciones como interpretaciones que apuntan a otros intereses.” Documento Conpes 3186 “UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”, Consejo Nacional de Política Económica y Social, julio 31 de 2002, P. 24

²⁵ “Para contar con una verdadera ley de aplicación general, en la reforma a la Ley 80 de 1993 se deberán vincular todas aquellas entidades que sin justificación técnica o por la especialidad de sus actividades hoy cuentan con regímenes exceptivos de la ley, tales como, las Universidades Públicas, la Comisión Nacional de Televisión ...

En consonancia con lo anterior y reconociendo que algunas entidades, por la naturaleza de sus actividades industriales, comerciales o financieras, deben manejar reglas que escapan de la órbita de lo público, la ley deberá ordenar la observancia en su actividad contractual, de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como del de selección objetiva, con el objeto de garantizar la transparencia e idoneidad en la escogencia de los contratistas.” Documento Conpes 3249 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2003, pág. 11).

²⁶ “El Derecho no ha podido permanecer indiferente al acercamiento mutuo de hombres y naciones. La paulatina conversión del planeta en una *aldea global* ha aproximado, juntamente con las personas, a los ordenamientos que las rigen, tanto en el campo científico como en la *praxis* diaria. (...) El Derecho Público es hoy un remedio de amplio espectro, que tiene que cubrir los dogmas de conducta pública, tanto en lo superior como en lo inferior, tanto en lo próximo como en lo lejano, tanto en lo interno como en lo externo, tanto en lo local como en lo global. [...] Es así como la reformulación del Derecho Público, partiendo del Derecho constitucional (por el redimensionamiento de la soberanía y el poder), alcanza a todos sus tributarios, imponiendo una nueva agenda para un nuevo tiempo a los legisladores, jueces, funcionarios y administradores. Los cambios trascienden el orden estatal para alcanzar al Derecho *Internacional* y al Derecho *Comunitario* o de la integración, al tiempo que expanden vigorosamente sus transformaciones al Derecho Público en general, *penal, tributario y Financiero, y ambiental*. [...] Lo mismo acontece con el Derecho administrativo en particular, que se ve obligado a reformular sus instituciones básicas, adecuándolas a un mundo organizado en redes, fundamentalmente en materia de acción administrativa (contratos, fomento, servicios, policía), de

Han sido varios los intentos por ajustar, actualizar y simplificar el Régimen General de Contratación de la Administración Pública –desde la expedición del Decreto-Ley 222 (Presidencia de la República, 1983) se identificaba esta motivación, continuando con la expedición de la Ley 80 (Congreso de la República, 1993), y su reforma mediante la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007)-, pero desafortunadamente sus múltiples reglamentaciones parecieran reversar tal intención y, en vez de desarrollar sus principios en pro de las necesidades y retos de esta actuación de la Administración Pública²⁷, la han complicado al extremo de convertirla, una vez más, en inmanejable y estática, sin que se haya logrado dotar este régimen especial para la contratación pública de herramientas que la realidad exigen por las crecientes necesidades y demandas de la comunidad, el aumento en la prestación de servicios por parte del Estado, su participación en una economía internacionalizada y permeada por la globalización.

Desde la reforma a la Ley 1150 (Congreso de la República, 2007), se pueden citar numerosos decretos reglamentarios, todos derogados, sin que haya pasado mucho tiempo entre su entrega en vigencia y la siguiente reglamentación aplicable, además de haber sufrido a su vez cada uno varias modificaciones²⁸, lo que ha desatado un caos que pervive en la actualidad, no obstante la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1510 (Presidencia de la República, 2013), a partir del 1º de enero de 2014, cuyo contenido actualmente está compilado en el Decreto 1082 (Departamento Nacional de Planeación, 2015) “Por medio del

regulación (armonización normativa internacional, comunitaria y local) y de protección administrativa (en especial en la habilitación del contencioso administrativo internacional en materia de inversiones, de medio ambiente y de lucha contra el terrorismo y la corrupción), para mantenerse al día con las exigencias de la sociedad.” (Dromi, 2005, págs. 45-46). En este aparte cita lo siguiente de Nieto (1997) “El administrador público enriquecido es un héroe social, un modelo con el que se identifica una sociedad que no corrompe ni es corrompida sencillamente porque no tiene ocasión de hacerlo, pero que lo haría sin el más mínimo escrúpulo. Más aún, el que pudiendo enriquecerse con la gestión pública no lo hace es tenido por simple, por incapaz y hasta se duda de su honradez, puesto que en muchas mentes no cabe que se desprecien tales oportunidades. Por lo que puede hablarse hasta de un fomento de la corrupción. Pues a la indiferencia social hay que añadir los malos ejemplos.”

²⁷ “En este aspecto (se refiere a la fuente contractual como creadora del derecho administrativo en la hipermodernidad), el *contrato público* que hemos denominado de *transformación*, o de *tercera generación*, cumple un rol jurídico como instrumento y como protagonista de la transformación económica de la sociedad. Es la nueva herramienta que posibilita la reconversión de la organización de los servicios administrativos e industriales del Estado a la sociedad, con fórmulas de subsidiariedad que viabilizan la inversión para el desarrollo tecnológico con infraestructuras básicas, como un requisito excluyente.” Dromi (2005, págs. 24-245).

²⁸ Decreto 066 (Presidencia de la República, 2008), Decreto 2474 (Presidencia de la República, 2008), Decreto 4828 (Presidencia de la República, 2008), Decreto 4881 (Presidencia de la República, 2008), Decreto 490 (Presidencia de la República, 2009), Decreto 3806 (Presidencia de la República, 2009), Decreto 2516 (Presidencia de la República, 2011), Decreto 734 (Presidencia de la República, 2012).

cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”²⁹. Dicha reglamentación buscó nuevamente simplificar la materia de manera omnicompreensiva, pero abrió la puerta a que sus desarrollos e interpretaciones sean efectuados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual a través de Guías y Manuales está haciendo las veces de desarrollo sub-reglamentario de lo ya regulado por el Ejecutivo, cuyos efectos comienzan a sentirse, nuevamente sufriendo modificaciones a dicha reglamentación según Decreto 3054 (Presidencia de la República, 2013) y Decreto 791 (Presidencia de la República, 2014), incluidos en el citado Decreto Único Reglamentario.

De otro lado, seguirá siendo de gran importancia, en materia de contratación pública, encontrar una equilibrada complementariedad entre el derecho público y el derecho privado, sin que se afecte el interés general y la pulcritud en el manejo de los recursos públicos, cuyo control es fundamental, no de forma exclusiva para lograr la pretendida agilidad que se reclama en todos los sectores del actuar contractual del Estado³⁰, incluso aquellos que no

²⁹ Según concepto del Departamento Nacional de Planeación de 16 de junio de 2015: “Los decretos únicos reglamentarios, incluido el Decreto 1082 de 2015, fueron expedidos recientemente con ocasión de la facultad reglamentaria que otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política al Gobierno Nacional, en virtud de la cual los sectores administrativos que lo componen, procedieron a compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario vigentes expedidas en virtud de las facultades conferidas en el referido el (sic) numeral 11 del artículo 189 constitucional. Lo anterior, tal como se expuso en la parte considerativa del mencionado decreto, con el fin de contar con un instrumento jurídico único que permita mayor seguridad y facilidad en su aplicación. Situación que permite concluir que al ser un decreto de carácter reglamentario es de aplicación para todo el territorio nacional.

Es necesario indicar que el ejercicio compilatorio que se llevó a cabo para la expedición del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional (Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015), por su naturaleza misma, no introdujo modificaciones a las normas que se encontraban vigentes y eran aplicables a cada materia, y por lo mismo no comporta un cambio en la reglamentación, sino que responde a una política pública de racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico, como una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica. (...)

Respecto de su inquietud sobre la derogatoria expresa del Decreto 1510 de 2013, se debe señalar que el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015 “*Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*” lo derogó, bajo el entendido de haber sido expedido por el Sector Administrativo de Planeación Nacional, haber sido compilado y su contenido incorporado en el Título 1, Parte2, Libro2 “Contratación Estatal” del citado Decreto 1082 de 2015, reiterando, que su contenido literal y material está allí incorporado. (...)

Frente a la derogatoria integral, tal como se observa del contenido literal del Decreto 1082 de 2015, las normas compiladas se encuentran derogadas y contenidas en él (...)

³⁰ “Es indispensable consolidar la línea divisoria, o “*tratado de límites*”, entre lo público y lo privado, entre la intervención estatal y la iniciativa privada. Por eso, debemos precisar qué hacer en el campo de la economía privada, donde está en juego la libertad, y en el territorio de la economía pública, donde está en juego el bien común, como condición necesaria para aplicar la subsidiariedad” Dromi (2005, pág. 70).

gozan del régimen excepcional, sino como un mecanismo de depuración para evitar regulaciones innecesarias.

Tal análisis podría coadyuvar en la consecución de la anhelada eficacia que, en contratación estatal, no se reduce a concentrarse en la idea de eliminar o prescindir de los procedimientos en tanto

La eficacia de la administración hace la seguridad jurídica. [...] La batalla por la eficiencia del Estado es hoy un “reto al rito”. La racionalización ya no a nivel constitucional, sino a nivel infraconstitucional, deberá alcanzar la simplificación del régimen jurídico de las empresas públicas, estableciendo la homogeneidad de los distintos tipos jurídicos y al régimen jurídico unitario de la contratación pública. (Dromi, 2005, pág. 73).

Es por tanto, necesario entender que:

Para alcanzar una estabilidad con crecimiento económico y social se debe instalar una regulación jurídica que resguarde la *ética pública* y sea compatible con la libertad de mercado y la autoridad del Estado. Las bases de la transparencia están dadas por los principios de publicidad, igualdad, competencia, eficiencia, razonabilidad, control y responsabilidad, que no pueden ser marginados de la acción de gobierno. Son ellos la medida de la transparencia en materia de contrataciones, inversiones, exenciones e imposiciones. (Dromi, 2005, págs. 75-76)

Así las cosas, es necesario un régimen especial unificado en materia de contratación estatal, en definitiva, para evitar la falta o indebida aplicación de los principios que gobiernan la contratación pública de las entidades que, si bien por la naturaleza de las actividades que desarrollan o servicios que prestan se encuentran en situaciones de competencia con el sector privado o que demandan mayor agilidad y flexibilidad por las particulares circunstancias locales, nacionales o globales en las que se desempeñan, producto de la internacionalización y globalización, finalmente despliegan tales acciones en atención al interés general y son llevadas a cabo con recursos público.

Esta misma situación de excepcionalidad implica un estudio de depuración o análisis crítico sobre el abanico de servicios y sectores en los cuales actúa el Estado (crisis del Estado del Bienestar), a fin de identificar o determinar cuál debe ser su participación, dadas las condiciones de la sociedad globalizada, en tanto, la supresión del derecho público en varias

materias, entre ellas la actividad contractual, como experiencia vivida en diferentes latitudes permite concluir que:

[...] la huida al derecho privado sería una “solución”, gravemente peligrosa para el funcionamiento del Estado de Derecho. En nuestra opinión no hay más remedio que reformular el Derecho Administrativo, aumentar su flexibilidad cuando sea necesario, pero manteniendo en todo caso la garantía de objetividad y buena gestión que vinculen a los políticos [...] Con ello no se trata de negar la importancia del principio de eficacia en la acción administrativa, que esta también es un imperativo constitucional de gran relevancia, pero debemos recordar que no es el único criterio, ni siquiera el más importante, de los que debe presidir la actuación del Estado...Cabalmente, eficacia y legalidad, en el Estado, son complementarias. Dicho de otro modo: la existencia de procedimientos, controles y garantías no es un obstáculo sino una condición imprescindible para que el Estado, en el largo plazo y con carácter general, sea eficaz. Esto nos parece evidente en la contratación y en la función pública (Ariño-Ortiz, 2003, pág. 108).

Referencias citadas

- Acuatioquia S.A. E.S.P. contra Consorcio Ferancisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria CIA S.A., Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00042-00(31024) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez 24 de mayo de 2006).
- Aranzález García, R. E. y Macías Olivar J. G. (7 de febrero de 2014). *Los Avatares de los regimenes especiales de contratación estatal en Colombia*. Recuperado el 13 de octubre de 2015, de Rafael Enrique Aranzález Garcia.wordpress.com: <https://rafaelenriquearanzalezgarcia.wordpress.com/2014/02/07/los-avatares-de-los-regimenes-especiales-de-contratacion-estatal-en-colombia/>
- Ariño-Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica* (Primera Reimpresión (2008) ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política. Colombia.
- Ballesteros Serpa, C. A. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado*. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de repository.urosario.edu.co:

<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4765/840883042013.pdf?sequence=1>

Banco Granahorrar contra Instituto de los Seguros Sociales -ISS-, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01 (24639) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Myriam Guerrero de Escobar 23 de septiembre de 2009).

Blanco, J. V. (7 de agosto de 2008). *Los regímenes excepcionales a la ley 80 de 1993*. Recuperado el 2 de diciembre de 2014, de La contratación estatal en colombia: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/08/los-regmenes-excepcionales-la-ley-80-de.html>

Congreso de la República. (28 de diciembre de 1992). Ley 30. *Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 40.700.

Congreso de la República. (29 de diciembre de 1992). Ley 31. *Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No 40.707 - Diario Oficial No. 40.944 - Diario Oficial No. 40.808.

Congreso de la República. (1992). Pliego de Modificaciones al proyecto presentado por el Gobierno nacional No. 155 de 1992. *Exposición de Motivos. Ponencia para primer debate*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1992). Proyecto de Ley 81. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1992). Proyecto de Ley No. 127. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1992). Proyecto de Ley No. 134 Cámara. Proyecto de Ley No. 93 Senado. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1992). Proyecto de Ley No. 197. *Exposición de Motivos. Ponencia para primer debate*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República. (30 de diciembre de 1993). Ley 105. *Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*. Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia.

Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.094.

Congreso de la República. (11 de julio de 1994). Ley 142. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial N° 41.433 - Diario Oficial No. 41925.

Congreso de la República. (11 de julio de 1994). Ley 143. *Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.434.

Congreso de la República. (1994). Proyecto de Ley No. 109. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (20 de enero de 1995). Ley 182. *Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión , se establecen nor*. Barranquilla, Atlántico, Colombia: Diario Oficial No. 41.681.

Congreso de la República. (20 de diciembre de 1995). Ley 226. *Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 42.159.

- Congreso de la República. (26 de julio de 1996). Ley 300. *Por la cual se expide la ley general de turismo y se dictan otras disposiciones*. Santa Fe de Bogotá, D.C, Colombia: Diario Oficial 42.845.
- Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). Ley 489. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 43.464.
- Congreso de la República. (15 de agosto de 2001). Ley 685. *Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial No. 44.545.
- Congreso de la República. (28 de agosto de 2001). Ley 689. *Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial N° 44.537.
- Congreso de la República. (2005). Proyecto de Ley 20 - Senado. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (27 de diciembre de 2006). Ley 1107. *Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 46494.
- Congreso de la República. (27 de diciembre de 2006). Ley 1118. *Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S.A. y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 46.494.
- Congreso de la República. (2006). Proyecto de Ley No. 113. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (16 de julio de 2007). Ley 1150. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 46691.
- Congreso de la República. (2007). Proyecto de Ley No. 112. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (2008). Proyecto de Ley 01 Senado. *Exposición de Motivos*. Bogotá, Colombia.

- Congreso de la República. (30 de julio de 2009). Ley 1341. *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47426.
- Congreso de la República. (30 de diciembre de 2009). Ley 1369. *Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.578.
- Congreso de la República. (29 de diciembre de 2010). Ley 1427. *Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de la empresa Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (Satena) y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial 47.937.
- Congreso de la República. (2010). Proyecto de Ley No. 082. *Exposición de Motivos.* Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Diario Oficial 47.956.
- Congreso de la República. (16 de junio de 2011). Ley 1450. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 48102.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social . (20 de octubre de 2003). Documento Conpes 3249. *Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial.* Bogotá, D.C., Colombia: Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (31 de julio de 2002). Documento Conpes 3186. *Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.* Bogotá, D.C., Colombia: Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra; Septiembre 9 de 1999)
- Corte Constitucional. Sentencia C-691 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Septiembre 5 de 2007)
- Departamento Administrativo de Planeación Nacional. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector*

Administrativo de Planeación Nacional. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49523.

Departamento Administrativo de Planeación Nacional. (16 de junio de 2015). Concepto No. 20153200370161. *Aplicación Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Rad 20156000272782. Bogotá, Colombia.

Dromi, R. (2005). *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Buenos Aires: Hispania Libros.

Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorio S.A. E.S.P., Radicación número: 11001-03-25-000-2001-0046-01 (21041) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar 1 de agosto de 2002).

EMCALI E.I.C.E E.S.P contra Comercializar S.A. E.S.P, Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00002-01 (46.027) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Enrique Gil Botero 21 de noviembre de 2013).

Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom contra Nortel Networks de Colombia S.A., Radicación número: 11001-03-26-000-2001-0034-01 (20634) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Ricardo Hoyos Duque 6 de junio de 2002).

Estructura en Fianzas S.A. contra Fonade, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Enrique Gil Botero 12 de febrero de 2014).

Expósito-Vélez, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español análisis de la selección de contratistas* (Reimpresión 2005 ed.). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

Naranjo, C, (2007). *La contratación estatal en el régimen interno*. En *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Recuperado el 24 de septiembre de 2015, de [books.google.com.co: https://books.google.com.co/books?id=2VdC_Kb_LTUC&pg=PA295&lpg=PA295&dq=reg%C3%ADmenes+excepcionales+en+contrataci3n+p3blica+en+colombia&source=bl&ots=Tihb3hy3KS&sig=GzuMbTbimmEe_2G6ndu8cd4htXg&hl=es&sa](https://books.google.com.co/books?id=2VdC_Kb_LTUC&pg=PA295&lpg=PA295&dq=reg%C3%ADmenes+excepcionales+en+contrataci3n+p3blica+en+colombia&source=bl&ots=Tihb3hy3KS&sig=GzuMbTbimmEe_2G6ndu8cd4htXg&hl=es&sa)

=X&redir_esc=y#v=onepage&q=reg%C3%ADmenes%20excepcionales%20en%20contratación%20pública%20en%20colombia&f=false

Nieto, A. (1997). *La corrupción en la España democrática*. Madrid: Ariel.

Presidencia de la República. (18 de agosto de 1975). Decreto 1670. *Por el cual se dicta normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 34388 .

Presidencia de la República. (27 de enero de 1976). Decreto 150. *Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*. Bogotá, D. E., Colombia: Diario Oficial No. 34.570 - Diario Oficial No 34.492.

Presidencia de la República. (2 de febrero de 1983). Decreto 222. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 36.189.

Presidencia de la República. (2 de enero de 1984). Decreto 01. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 36439.

Presidencia de la República. (26 de agosto de 1992). Decreto 1403. *Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 40558.

Presidencia de la República. (16 de mayo de 1992). Decreto 777. *Por el cuál se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia.

Presidencia de la República. (16 de enero de 2008). Decreto 066. *Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República. (7 de julio de 2008). Decreto 2474. *Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.043.

Presidencia de la República. (24 de diciembre de 2008). Decreto 4828. *Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.213.

- Presidencia de la República. (31 de diciembre de 2008). Decreto 4881. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Unico de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.219.
- Presidencia de la República. (30 de septiembre de 2009). Decreto 3806. *Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.495.
- Presidencia de la República. (20 de febrero de 2009). Decreto 490. *Por el cual se modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47269.
- Presidencia de la República. (12 de julio de 2011). Decreto 2516. *Por el cual se reglamenta la modalidad de selección de Mínima Cuantía.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 48128.
- Presidencia de la República. (13 de abril de 2012). Decreto 734. *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.* Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia: Diario Oficial 48400.
- Presidencia de la República. (17 de julio de 2013). Decreto 1510. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 48854.
- Presidencia de la República. (27 de diciembre de 2013). Decreto 3054. *Por el cual se modifica el artículo 89 del Decreto 1510 de 2013.* Bogotá, D. C., Colombia.
- Presidencia de la República. (22 de abril de 2014). Decreto 791. *Por el cual se reglamenta el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 y se modifica el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013.* Bogotá, D. C., Colombia.

Medellín, octubre 7 de 2019

Catalina Jaramillo Uribe

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma


