

# LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA CONTRACTUAL: DEL CONTRATO ESTATAL DE LEY 80 DE 1993 AL INSTRUMENTO DE GESTIÓN PÚBLICA DE LEY 1150 DE 2007

**OSCAR MÁRQUEZ BUITRAGO**  
ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Recibido el 15 de octubre y aprobado el 6 de noviembre de 2007.

## RESUMEN

El presente ensayo se estructura en dos partes; de un lado, un acercamiento a la Nueva Gestión Pública para ubicar la Ley 1150 de 2007 allí y de paso mostrar como históricamente nuestro Derecho Administrativo fue errático al considerar al Contrato Estatal como un fenómeno exclusivamente jurídico y nunca como un instrumento del sistema la gestión pública, a diferencia del Derecho Administrativo Francés, en donde desde hace 200 años se habla de los Principios de la Administración Pública como algo diferente al Derecho Administrativo y de otro lado, presentar unas glosas básicas de por qué la Ley 1150 puede ser una verdadera revolución y significa una oportunidad histórica y recordando al Ex presidente Julio Cesar Turbay de reducir la corrupción a justas proporciones.

## PALABRAS CLAVE

Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Nueva Gestión Pública, Derecho Administrativo Francés, Contrato Estatal, Instrumento de la Gestión Pública, Reducción de la Corrupción.

## THE NEW PUBLIC CONTRACTUAL ADMINISTRATION: FROM THE STATE CONTRACT OF LAW 80 OF 1993 TO THE INSTRUMENT OF PUBLIC ADMINISTRATION OF LAW 1150 OF 2007

## ABSTRACT

The present essay is structured in two parts; the first is an approach to the New Public Administration to locate Law 1150 of 2007 there, and additionally to show

how historically our Administrative Law was erratic when considering the State Contracting as an exclusively legal phenomenon and never as an instrument of the public administration system. This is contrary to the French Administrative Law where it has been spoken, for 200 years, of the Principles of Public Administration as something different to Administrative Law. The second part presents some basic glosses concerning why Law 1150 can be a true revolution, and well as signifying a historical opportunity and reminding Former president Julio Cesar Turbay of reducing corruption to just proportions.

## KEY WORDS

Law 80 of 1993, Law 1150 of 2007, new public administration, French Administrative Law, state contract, instrument of public administration, reduction of corruption.

## INTRODUCCIÓN

A continuación se presente un excursio sobre la Ley 1150 de 2007 que cobrará vigencia plena el próximo 15 de enero de 2008, no desde la lógica de un estudio normativo y dogmático de la misma, sino en referencia a un nuevo capítulo de lo que se denomina como la nueva gestión pública<sup>1</sup>; no hablamos de una reforma cosmética y de unos nuevos matices sobre el problema de la contratación estatal; al contrario, la Ley 1150 significa un cambio revolucionario, un hito en la administración pública colombiana y particularmente, representa la necesidad de una nueva cultura en materia de la función pública para dimensionar a través de todos los operadores internos y externos que intervienen en la contratación estatal, que la misma no es exclusivamente un asunto normativo, propio del formalismo legal y del positivismo jurídico, según el cual el proceso contractual es un fenómeno jurídico y un asunto de mera y estricta legalidad propio de la oficinas jurídicas, las secretarías generales y las oficinas de contratación administrativa, bajo la cual se entiende el contrato estatal como un acto administrativo de naturaleza compleja, que debe cumplir unos requisitos legales y en el que intervienen varias voluntades de cuyo perfeccionamiento depende el surgimiento de unas obligaciones entre el Estado y un particular.

---

<sup>1</sup> La nueva gestión pública nace en los nuevos modelos de gestión pública del Reino Unido y de allí lograron una penetración de escala global, gracias a la implementación del mismo y su éxito alcanzado en los Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda; desde tal perspectiva la voz managementse asimila al concepto de gestión, para referir a los nuevos modelos de gestión pública en el mundo. Igualmente, la nueva gestión pública, también ha recibido desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- un gran impulso a través de sus políticas económicas y sociales, al igual que desde el Banco Mundial

Una aclaración se impone y es que en ningún momento se desconoce el valor jurídico del contrato estatal, ni la importancia de su estudio dogmático, signado por el principio de legalidad de la actuación de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones públicas y en el cual concurre la obligación del Artículo 23 de la Ley 80 que determina la obligación de aplicar los principios de la actuación contractual que son la Transparencia, la Economía y la Responsabilidad según los postulados de la función administrativa, al igual que se deben aplicar las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación, los principios generales del derecho y los principios del derecho administrativo.

El objetivo, es demostrar que la Ley 1150 de 2007, nos permite exponer el contrato estatal en su realidad instrumental, como lo que siempre debió ser y nunca fue en nuestro derecho administrativo y nuestra administración pública. En efecto, en nuestro medio jurídico ha existido el predominio de una visión legalista del contrato estatal, lo cual en parte se puede explicar, recordando la tradición y el origen de nuestro derecho administrativo, forjado desde la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés, fuente directa en la cual la tradición jurídica colombiana abreva desde hace mucho tiempo, principalmente desde la lógica de la Teoría de la Responsabilidad del Estado y desde donde en gran medida hemos construido el edificio dogmático del derecho administrativo colombiano y del cual a su vez hemos derivado la existencia de un apéndice al que llamamos la administración pública.

Sin lugar a dudas, en el medio colombiano esa disciplina llamada administración pública, que posee altos niveles de desarrollo teórico y práctico y de la cual se derivan inclusive luchas ideológicas y partidistas en otras latitudes (Estados Unidos, Reino Unido o Francia), nunca fue considerada ni concebida por el aparato público local, la academia, y las hegemonías del poder gubernamental, como una verdadera disciplina autónoma que exige un tratamiento diferente y más complejo que el de un simple acto normativo (Ley, Decreto, etc.); por el contrario, en Colombia desde el derecho administrativo se ha buscado entender la totalidad de la actuación y la omisión del Estado y el conjunto de situaciones que explican la acción pública de nuestro aparato administrativo, signado por un modelo de estado benefactor en el cual hay una preocupación puramente cuantitativa, toda vez que su eje de acción es el aumento de la cobertura de servicios básicos como la salud, la vivienda o la educación, empero, nunca existió una preocupación institucional y gubernamental por la calidad de los instrumentos de la intervención de esa acción estatal.

Así las cosas, por vía de la Teoría de la Responsabilidad Estatal del Consejo de Estado francés y posteriormente del modelo doctrinal francés de la Teoría del Servicio Público, auspiciado por León Duguit y la Escuela del Servicio Público desde su clásico libro “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”

publicado en 1913, se formó nuestro edificio conceptual del derecho administrativo y desde él, decidimos explicar, fundamentar, entender y orientar una disciplina autónoma denominada la administración pública.

El problema en nuestro caso, es que desconocemos que pasó en Francia; allá la administración pública como disciplina, se formó simultáneamente con el propio derecho administrativo e inclusive puede pensarse que logra forjarse antes que el propio derecho administrativo<sup>2</sup>, pues se reconoce en la dogmática del derecho administrativo la relevancia de los fallos Blanco<sup>3</sup> y Cadot<sup>4</sup>. En efecto, es lugar común decir que la progenitura de la ciencia de la administración corresponde al norteamericano Frederick Taylor, que publicó en 1911 los “Principios de la Administración Científica” y al francés Henri Fayol con su “Teoría Clásica en la Organización” de 1916 que concibe la organización como una estructura: para ambos autores el objetivo de la administración es la eficiencia de las organizaciones. Sin embargo, desconocemos que ya para el año de 1808 Charles Jean-Bonnin, escribió *Principes d’administration Publique*<sup>5</sup>, que para el año de 1812 dicha obra ya contaba con una 3ª edición y 3 tomos; así las cosas, los franceses en el peor de los casos, simultáneamente desarrollan una *Teoría de la Administración Pública* y una *Dogmática del Derecho Administrativo*, aunque a juzgar por los fallos Cadot y Blanco del Consejo de Estado francés, el derecho administrativo es posterior al surgimiento de la administración pública.

En la tradición colombiana tenemos una deformación derivada de la existencia de un derecho administrativo del cual hemos derivado la administración pública, como un apéndice, lo cual sin lugar a dudas nos ha generado grandes problemas de eficiencia y transparencia en materia de ejecución de recursos públicos, usando para la ejecución de los presupuestos oficiales un instrumento jurídico denominado el contrato estatal y dicho problema pretende resolverse a través de la Ley 1150 de 2007, entendiendo el contrato estatal como un instrumento de la gestión pública.

Una clara demostración de lo expuesto lo encontramos en texto de derecho administrativo del Exconsejero de Estado Libardo Rodríguez, que afirma al referirse

<sup>2</sup> Recordemos que en caso de Francia el Consejo de Estado fue creado en el año 1799 en la Constitución de Napoleón pero siguió bajo la tutela del poder ejecutivo y fue sólo mediante 24 de 1872 que se reconoció su naturaleza jurisdiccional e independiente.

<sup>3</sup> Proferido en 1873 y según el cual la administración posee normas especiales para su funcionamiento que son diferentes a las que rigen las relaciones de los particulares.

<sup>4</sup> Proferido en 1899 y en el cual se deja claro que la competencia en materia de litigios de la administración le corresponde al Consejo de Estado

<sup>5</sup> “Los conocimientos propios del Administrador suelen ser comunes para el ministro, el prefecto, el subprefecto, el alcalde, como para los miembros que constituyen los Consejos, ya sea de departamento, distritales o municipales, o de prefectura, aunque esos miembros solo puedan ser considerados administradores indirectos y que ciertos conocimientos sean particulares del administrador. Procuré pues que este Escrito no sólo indique los elementos y el orden de un Código Administrativo, sino que sea también un **“TRATADO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN”**”. Mayúsculas y Negrillas Fuera del Texto (BONNIN, 2004: 204).

entre las diferencias que hay entre la administración pública y la administración privada que “se diferencian en cuanto al fin perseguido y a los medios de acción que utiliza. En efecto, mientras la administración privada se propone un fin egoísta, representado por un interés particular, la administración pública persigue un interés general, representado en el bien común” (RODRÍGUEZ, 1996: 11).

La anterior diferenciación entre la administración pública y privada, expuesta por uno de los estandartes del derecho administrativo colombiano, es un ejemplo básica que permite argumentar que la administración pública en nuestro medio es un apéndice del derecho administrativo y una muestra palmaria, que sin lugar a dudas existe un gran equívoco en nuestro derecho; a guisa de ejemplo pensemos en la descentralización por colaboración, las entidades sin ánimo de lucro que contratan con el Estado vía Decreto 777 de 1992, la forma como las técnicas de la administración de empresa privada terminan implementadas como técnicas de la administración pública, como ocurre en la nueva gestión pública con la calidad total, la administración por procesos, las estructuras organizacionales horizontales y flexibles, y las técnicas de planeación y Presupuesto. Ahora, con la Ley 1150 de 2007, las categorías y técnicas de contratación nacidas en la Ley modelo de contratación pública de bienes, obras y servicios de la UNCITRAL<sup>6</sup>, en materia de uso de medios electrónicos para la contratación, publicidad electrónica, subasta inversa y acuerdo marco de precios, entre otros, podemos decir después de dos siglos que en Colombia tratamos de ubicar el Contrato Estatal en el lugar que le corresponde, en el seno de la administración pública y del sistema de instrumentos de la gestión pública, para que no sea un asunto jurídico en forma principal y excluyente, sin olvidar que en su aplicación subyace un componente jurídico propio del principio de legalidad y del principio de competencia<sup>7</sup>, además, se insiste en la aplicación vinculante de los principios de la actividad contractual y de las reglas ordenadas por el Artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

## I. ORIGEN DE LA LEY 1150 DE 2007

El 20 de octubre de 2003 se adoptó el CONPES 3249 “*Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*”, cuya función era dentro del marco de los objetivos del Estado Comunitario del Presidente Álvaro Uribe Vélez, fijar los lineamientos para la eficiencia y la transparencia de la Administración Pública, para lo cual se contó con el apoyo del Banco Mundial y se Articulo un trabajo con funcionarios públicos y contratistas del Estado, para hacer un análisis teórico y práctico sobre la regulación en materia de contratación; de tal trabajo se desprendió un estudio denominado “Informe de Evaluación de Adquisiciones del País” -CPAR-

<sup>6</sup> La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -UNCITRAL- en su 27º periodo de sesiones del año 1994, aprobó la *Ley Modelo de Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios*.

<sup>7</sup> Para el Maestro Eduardo García de Enterría “la competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano” (GARCÍA, 1974: 527).

que identifica como principales fallas asociadas con la contratación pública, las siguientes: **i)** Dispersión normativa que convirtió la aplicación de la Ley 80 en una cosa casi excepcional; **ii)** Procesos de selección rígidos; **iii)** Inexistencia de armonización entre normas presupuestales y normas contractuales y **iv)** Existencia de vacíos normativos que facilitan la corrupción.

Es preciso advertir que el CONPES 3249 hace parte de las reformas verticales y transversales del *Programa de Renovación de la Administración* -PRAP- y preparado por los funcionarios de Planeación Nacional que adelantaron dicho programa, luego no hablamos de una actuación normativa aislada, sino de un proceso de intervención plenamente diseñado del cual hacen parte las Directivas Presidenciales No. 10 y 12 de 2002 -Programa de renovación de la administración pública: Hacia un Estado Comunitario- y la lucha contra la corrupción en la contratación estatal con el Decreto 2170 de 2002, que tanto revuelo causó y a la postre en gran medida fracturado por las suspensiones decretadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que vía suspensión provisional diezmo en gran medida su espíritu por tener problemas de exceso de reglamentación en lo que provisionalmente ha sido calificado en varios autos de tal corporación como exceso de la potestad reglamentaria presidencial, y el Decreto 2434 de 2006 que implementa el *Portal Único de Contratación*; tales regulaciones y reformas buscan fortalecer el principio de transparencia y la selección objetiva, inducir las audiencias públicas en la contratación, implementar herramientas para masificar la información, evitar el direccionamiento del contrato y abrir las puertas a la contratación electrónica.

Según el CONPES 3249, para fijar las bases para una política pública de contratación con recursos públicos, es preciso generar **a.** Un nuevo marco normativo que incluya: **i)** Principios comunes de aplicación para toda la contratación, **ii)** Mejorar la transparencia; **iii)** Generar procedimientos contractuales eficaces; **iv)** Redefinir la selección abreviada y **v)** Herramientas para la gerencia pública y **b.** Un nuevo marco institucional para la contratación pública que incluya: **i)** Organización e identificación de un responsable sectorial de la política pública de contratación que incluye las reformas institucionales y **ii)** Desarrollo de un sistema electrónico de contratación pública que mejore la cultura de la gestión contractual y los negocios en línea, que permita una administración contractual electrónica unificada.

Como segundo elemento que explica el origen de la Ley 1150 de 2007, debemos destacar el *Proyecto de Contratación BIRF-DNP* que tiene en el *Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública* un antecedente de gran importancia, pues logró identificar 15 causales por las cuales el Estado colombiano es condenado con ocasión de la actividad contractual. En éste marco se investigó el daño antijurídico contractual, en un universo de pronunciamientos generados entre el año de 1996 y el año 2002: 245 providencias del Consejo de Estado, 129

fallos condenatorios, 145 fallos absolutorios, 40 laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá de los cuales 27 son condenatorios y 13 absolutorios, 686 autos aprobatorios de conciliaciones prejudiciales de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El estudio jurisprudencial en cuestión, permitió sistematizar 15 causas de condena contra el Estado en materia de actividad contractual, para presentar en materia de planeación y de las etapas precontractual, contractual y de liquidación, las fuentes y la forma de prevenir la condena en contra del Estado, luego de 10 años de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993.

Estructuralmente la Ley 1150 de 2007, posee 33 Artículos, divididos como tres títulos: **i)** Sobre eficiencia y transparencia en la contratación con Ley 80 de 1993; **ii)** Disposiciones generales para la contratación con recursos públicos y el **iii)** Disposiciones varias. Desde el punto de vista social, los antecedentes de la Ley están determinados por escándalos de corrupción en todo el país, excesos que produjeron la reforma de la Ley 80 de 1993, en gran medida, el elemento articulador del problema de la corrupción en la contratación administrativa y relacionada con dos asuntos que, aunque diferentes poseen interdependencia, la rigidez del sistema presupuestal y el sistema contractual.

De un lado, un sistema presupuestal inflexible y ahora draconizado por la Ley 819 de 2005 que regla el marco fiscal de mediano plazo y la reserva presupuestal; entre otras, generó lentamente una desnaturalización de la función de ejecutor natural del presupuesto público radicado en las entidades pública en los diferentes ordenes y niveles de la administración pública colombiana, para convertir a los organismos de cooperación multilateral (SECAB, OEI y PNUD), las asociaciones de municipios y algunas universidades públicas, en administradores delegados de recursos de aquellas entidades que incapaces de hacer verdaderos procesos de planeación de su acción administrativa, limitando el verdadero quehacer institucional de unas y otras. La falta de planeación y ejecución presupuestal en las entidades publicas, originó en muchos casos que al cierre fiscal del año se contara con inmensas sumas de dinero, encontrando en las entidades antes señaladas, una forma ideal de ejecutar contablemente los recursos vía convenios de cooperación y de asociación, aunque materialmente sólo se generaba una transferencia financiera del la administración de un tercero, fenómeno delatado por la Sentencia C-249 de 2004.

De otro lado, la búsqueda incesante de vacíos legales y de interpretaciones amañadas para no dar aplicación a la Ley 80 de 1993 y en consecuencia, no poner en práctica su *regla de oro* que es la contratación a través de la *licitación pública*, lograron deformar su espíritu haciendo de la licitación una excepción; ahora la regla extralegal, es aplicar el régimen de excepción tanto de la contratación directa de menor cuantía como con terceras entidades excluidas por la Ley, hecho explicado por el promedio que las entidades del Estado tardan para adjudicar una licitación

pública, entre 60 y 90 días calendario<sup>8</sup> y porque existe la creencia generalizada que los procesos contractuales públicos no son transparentes y favorecen procesos de captura técnica del Estado, luego, es mejor buscar la forma de no aplicar la Ley y buscar que la misma sea una excepción en el sistema de fuentes.

## II. DEL FENÓMENO JURÍDICO CONTRATO ESTATAL AL INSTRUMENTO DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Como se ha mostrado, nuestra concepción del contrato estatal es la de un acto jurídico propio del derecho administrativo, y no como un instrumento de gestión pública, perteneciente a la disciplina de la administración pública. A continuación se presenta un esquema de la forma en la cual opera el sistema de instrumentos de gestión estatal en cualquier administración pública y se enuncia brevemente que indica.

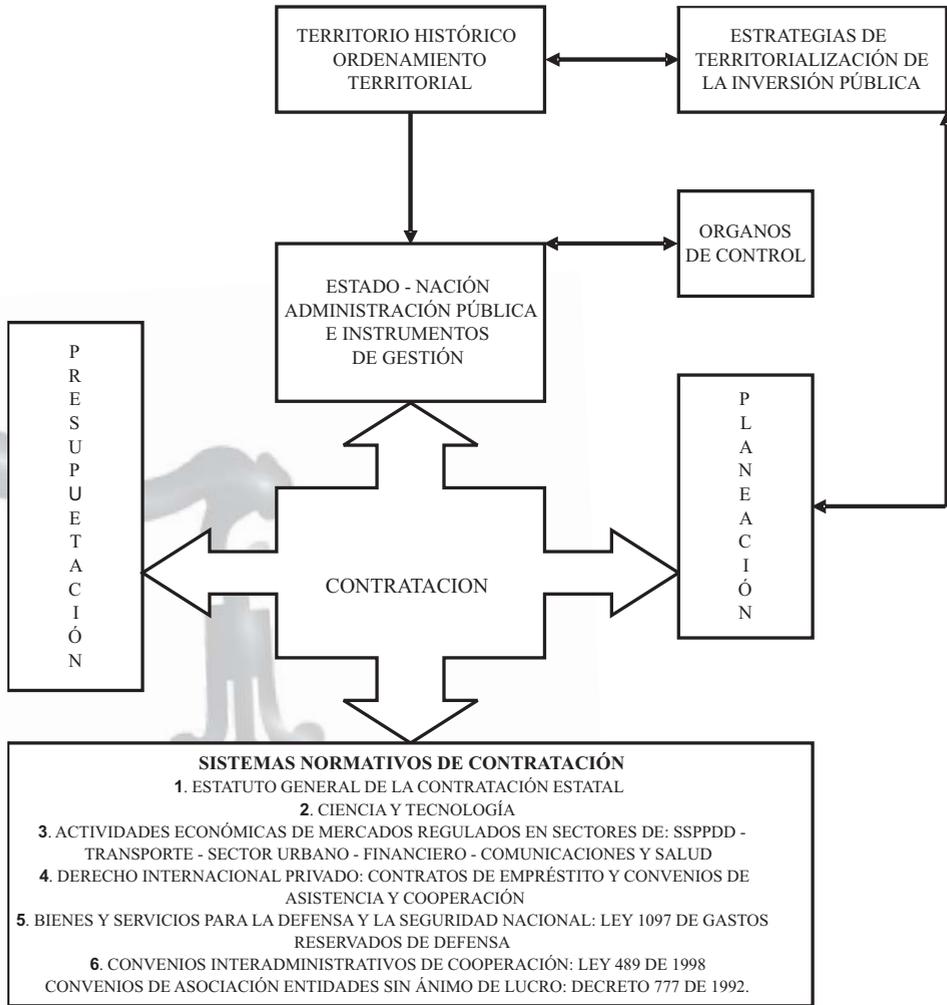
### 2.1 SISTEMA DE INSTRUMENTOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Se habla de sistema de instrumentos de la gestión pública estatal y se parte de la necesidad de entender la forma a través de la cual funciona cualquier Estado en el mundo, estados tales como el alemán, el norteamericano, el francés, el italiano, el español, el venezolano, el argentino, y por supuesto, el colombiano. El principio articulador indica que todos los Estados del mundo, funcionan mediante la puesta en funcionamiento de instrumentos de la gestión pública (Gráfico No. 1).

El esquema trata el concepto central del cual es necesario partir para lograr la comprensión sobre los instrumentos de la gestión pública: la Nación. Ésta, como concepto de naturaleza sociológica, indica la existencia de un territorio permanente que es compartido por grupo humano, que poseen un pasado histórico común y compartiendo costumbres, lengua, folclor, y casi siempre, el mismo credo religioso. Cuando ese grupo humano que comparte ese territorio histórico decide establecerse de forma racional para definir como se organizará el ejercicio del poder, encontramos un Estado. Se entiende por Estado la nación jurídicamente organizada y cuya razón de ser reposa en el ejercicio racional del poder, ejercido a través de reglas de convivencia denominadas sistema de fuentes o el sistema normativo.

<sup>8</sup> En diferentes foros académicos hemos realizado ejercicios prácticos para demostrar cómo, incluyendo los 10 días de publicación de borradores de pliegos de condiciones, una licitación pública se puede hacer con adjudicación, contrato firmado y acta de inicio en 17 días calendario.

Gráfico No. 1



El Estado moderno se funda en la existencia de tres ramas del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial), apoyado por organismos de control que tienen la función de velar el cumplimiento de las funciones asignadas a cada rama del poder público, en la forma prevenida por la constitución y la Ley. En nuestro caso, los órganos de control son la Procuraduría General de la Nación que vigila la moralidad de la administración pública y la Contraloría General de la República, que vigila la correcta ejecución de los bienes y recursos del Estado. Como se ha indicado, el Estado es la nación jurídicamente organizada, pero esa organización del Estado requiere de personas de carne y hueso que lo pongan en funcionamiento a través de técnicas de administración, para desplegar los llamados instrumentos de gestión pública.

Ese aparato burocrático de personas y las técnicas de administración del estado, constituyen la administración pública que fuera definida por el Consejo de Estado como “aquellas normas que constituyen el conjunto de estructuras, principios y reglas que regulan las actividades de la administración pública: su organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales” (Expediente AI-046 del 18 de enero de 2000). Tal visión del Consejo de Estado, nos permite concluir que la Administración Pública, es el aparato burocrático a través del cual se logra el funcionamiento del Estado, el cual se integra por las disposiciones legales que fijan su estructura organizativa, el personal civil al servicio del mismo y la regulación de los procedimientos administrativos a través de los cuales se genera el funcionamiento del Estado.

Como puede observarse, en nuestra dogmática del derecho administrativo prevalece la visión del instrumento legal de los procedimientos administrativos, los mismos que desde otra lógica regulan el funcionamiento del Estado y que reciben el nombre de instrumentos de la gestión pública. El sistema de instrumentos de la gestión pública<sup>9</sup>, aceptados universalmente como los mínimos y básicos que permiten el funcionamiento del Estado son la presupuestación, la planeación y la contratación y la Ley 1150 de 2007, acentúa la visión de la contratación desde la lógica de la nueva gestión pública.

En la gráfica observamos el papel preponderante de la Nación, integrada al Estado, administración pública e instrumentos de la gestión pública y de ella se generan los instrumentos fundamentales de la gestión pública: Presupuestación y Planeación. Integrando estos elementos encontramos la contratación de la cual parte el sistema normativo de contratación estatal, indicando los subsistemas normativos que operan en el Estado colombiano.

El subsistema de gestión pública llamado presupuestación, refiere a las normas a través de las cuales el Estado, asigna recursos financieros para atender las necesidades económicas que implica el funcionamiento de la administración pública; el subsistema de la planeación atañe a las normas a través de las cuales, se aplican recursos financieros asignados por vía del presupuesto público y se focalizan en forma organizada maximizando el uso de tales que según regla de la hacienda pública clásica nunca serán suficientes para atender las necesidades del Estado y cuya finalidad es el adecuado cumplimiento de los fines del Estado

---

<sup>9</sup> La Nueva Gestión Pública, es un conjunto variopinto de reformas del sector público, que tiene en el funcionamiento perfecto del mercado su propio ideal y el lugar en el cual se deben generar las relaciones políticas y administrativas entre el Estado y los Clientes-Ciudadanos y en donde se conjugan técnicas de gestión de la empresa privada tales como la gerencia de calidad total y conjuga fundamentos de la Economía Neoinstitucional en relación con los costos de transacción y la Teoría de la Opción Pública, cuyo precursor es el Premio Nobel de Economía James Buchanan, quien explica la toma de decisiones en el sector público, aplicado el concepto del sistema político como un proceso de intercambio para la consecución de ventajas mutuas.

mediante un sistema de programas y proyectos de inversión y por los cuales se justifica la existencia de la administración pública, y finalmente el subsistema de contratación estatal como instrumento de la gestión pública, se configura por las normas que fijan los procedimientos a través de la cuales el Estado, toma los programas y proyectos de inversión que fueron adoptados en el plan de desarrollo y los recursos financieros disponible asignados por vía del presupuesto municipal a tales programas y proyectos de inversión y los aplica mediante unos procedimiento que han sido definidos de forma principal en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, para concretar vía un instrumento llamado el contrato estatal, un medio eficaz para la solución de las necesidades de inversión y funcionamiento de la administración pública.

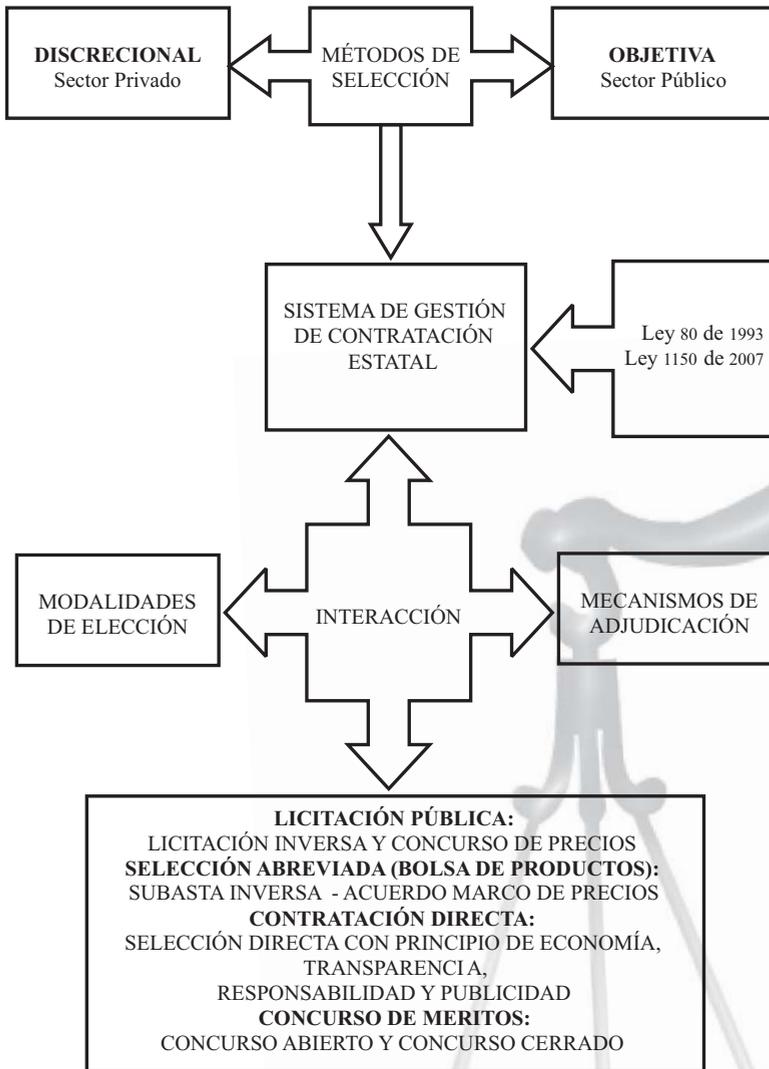
## 2.2 SISTEMA DE LA GESTIÓN PÚBLICA CONTRACTUAL

A continuación se presenta un esquema de la forma en la cual opera el sistema de la gestión pública contractual en nuestro país, bajo la integración de la Ley 1150 de 2007.

Mediante la lógica de la teoría General de sistemas, según la cual un sistema se integra a su vez por subsistemas, que interactúan entre sí, se explicará la nueva gestión pública contractual en Colombia, que en materia contractual, busca la implantación de una reforma institucional, sin que sea necesario y obligatorio la expedición de un cuerpo normativo detallado de reglas jurídicas; nuestra tradición y cultura jurídica, propia de la tradición, iberoamericana ha creado un derecho administrativo formalista e inflexible, que se opone frontalmente a la necesidad de una administración pública dúctil y ajustable a las necesidades y ritmos de la sociedad global, pero contrario a ello, nuestro rigidez normativa del derecho administrativo, genera una disfunción en el aparato burocrático que conduce a la informalidad, al inducir comportamiento de los operadores internos y externos de los procedimientos administrativos de la contratación que no se corresponden con el telos de las normas jurídicas establecidas y logran desviar la función declarada de la norma, en aras al favorecimiento de administrativas que buscan la captura técnica del Estado y permiten la corrupción administrativa, bajo un aire de ineficiencia generalizada del aparato público.

Hablamos de sistema para hace referencia a la forma de algo en los términos en los cuales es explicado por Niklas Luhmann, el punto que nos ocupa es determinar la forma de ese algo, que para nuestro caso es la Contratación Estatal. Un sistema de contratación implica la correcta identificación de métodos de selección, modalidades de elección y mecanismos de adjudicación, con la correcta fijación de las interacciones que entre ellos se presenta.

Gráfico No. 2



No puede existir un sistema en el cual no se presenten interacciones entre los subsistemas que los integran, y ello es lo que ocurre con el sistema de gestión de la contratación estatal, en donde hay una continua interacción entre el subsistema del método de selección objetiva, el subsistema de modalidades de elección del contratista y el subsistema de los mecanismos de adjudicación de los contratos, ya que no puede existir un sistema que no tenga nexos de comunicaciones, relaciones de coordinación y cooperación, con su propio entorno. En nuestro caso, el sistema de gestión pública contractual, posee un entorno que genera relaciones de comunicación, cooperación, coordinación y su propio cierre operativo

y autorreferencial, los otros instrumentos de la gestión pública son el sistema presupuestal y el sistema de planeación.

### 2.2.1. MÉTODOS DE SELECCIÓN

Como elemento de referencia inicial, para comprender metodológicamente lo relacionado con configuración del sistema de gestión pública contractual y como paso previo para representar y explicar las modalidades de elección y los mecanismos de adjudicación, es preciso iniciar identificando lo relacionado con la clasificación de los métodos de selección que corresponden a la selección objetiva, advirtiendo que un método es un camino lógico o un conjunto de reglas coherentes.

La selección objetiva, implica que en la operación del mercado de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, los procedimientos de selección de todos los contratistas, deben estar integrados por el conjunto de reglas racionales y objetivas a través de las cuales se genera tal selección, según necesidades de la administración. La Ley 1150 de 2007, derogó el Artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que determinaba las reglas de la selección objetiva y en su lugar, fijó en los Artículos 5 y 6 nuevas reglas para dicha selección.

La selección objetiva busca determinar reglas abstractas, generales, igualitarias, transparentes y publicas a través de las cuales los particulares pueden participar en los procesos de contratación del mercado de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, mediante la celebración de contratos y lograr de esa forma que la escogencia del contratista se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad pública y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

El Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, define nuevos criterios que se deben garantizar para una selección objetiva, en donde es evidente que se busca en gran medida acabar con la evaluación jurídica y restar poder a las oficinas jurídicas, ya que para nadie es un secreto que es en sedes de la evaluación jurídica donde literalmente le meten mano a los procesos de adjudicación. Ésta se relacionan con:

i) La verificación de la capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, no será objeto de asignación de puntaje y por tratarse de requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación; según regla del Artículo 5 Numeral 1° de la Ley 1150 de 2007, se trata de requisitos habilitantes y subsanables hasta antes de la adjudicación.

**ii)** En la regulación de la Ley 80, dichos criterios son objeto de evaluación y asignación de puntajes, la Ley 1150, prohíbe la asignación de puntos a tales criterios, con lo cual se busca erradicar un foco de corrupción y garantizar que el proceso sea objetivo.

**iii)** La ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos, según las reglas de los pliegos de condiciones, constituyen el mecanismo para identificar la oferta más favorable a la necesidad de la administración.

**iv)** El menor precio ofrecido será el único factor de evaluación, cuando se trata de la adjudicación de contratos para el suministro de bienes con características técnicas uniformes.

**v)** Cuando se trata de contratación de consultores, se privilegiará la evaluación de aspectos técnicos de la oferta o del proyecto y en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de escogencia.

**vi)** Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

El método de selección discrecional corresponde a los criterios de evaluación propios del sector privado, en donde la conveniencia empresarial resulta el criterio más importante de la selección de contratistas y a la vez es la guía que emplaza la decisión; la discrecionalidad no es arbitrariedad, al contrario, se trata de una discrecionalidad técnica, que aplica criterios de las escuelas de comercio del mundo anglosajón y conocidas en nuestro medio como la administración de empresas y las técnicas complejas de gestión, con lo cual se puede inducir una correcta elección del contratista, inclusive muchas veces mejor que la ejecutada en el sector público.

El sector privado no aplica reglas relacionadas con la publicidad, la libertad de contratación, principio de transparencia y la libre concurrencia que son propias de la contratación pública; dichas reglas discrecionales de contratación están atadas a otros criterios, tales como evaluaciones privadas, pago de primas de lobby y primas de éxito, descuentos por pronto pago y otros mecanismos que no son moralmente aceptados en el sector público y que si aplican en el sector privado.

### 3.2.2. MODALIDADES DE ELECCIÓN

Modalidad según la significación del Diccionario de la Real Academia, se define como modo de ser o de manifestarse una cosa (DRAE, 1992: 950), es preciso advertir que el Estado colombiano utiliza como método de selección del contratista,

la selección objetiva y los modos o las formas a través de las cuales se manifiesta dicha selección, son la licitación pública, la selección abreviada, la contratación directa y el concurso de méritos, que son las modalidades de elección fijadas entre la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Una modalidad de elección, entraña la fijación previa de un conjunto de reglas, ya no carácter abstracto sino concreto que ofrecen, no el acceso en general al mercado de bienes y servicios, sino en forma particular a un bien o servicio que genera el funcionamiento del Estado, mediante una modalidad de contratación puntual, a través de la cual se configura un proceso de identificación de un contratista para el Estado. Las modalidades de elección, inician con una decisión unilateral de la administración pública y constituye la etapa preparatorio o etapa interna del llamado a contratar y define la modalidad de elección que la administración ha decidido utilizar, lo cual exige una motivación o justificación de la modalidad elegida, según lo ordenado por el Artículo 2º parágrafo 1º de la Ley 1150 de 2007.

Con el acto administrativo de justificación de la modalidad de elección definida por la administración pública municipal para generar el procedimiento contractual, se deberá proceder a la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones que debe incluir información veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna, razón por la cual es preciso publicar los estudios y documentos que sirvieron de base para la elaboración del proyectos de pliegos de condiciones; los contratistas en general y la sociedad civil podrá formular observaciones a dichos estudios y documentos y al proyecto de pliego de condiciones y según ordena el Artículo 8º de la Ley 1150 de 2007, la entidad pública deberá publicar las razones por las cuales acoge o rechaza las observaciones de terceros.

### 3.2.3. MECANISMOS DE ADJUDICACIÓN

Según la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia, semánticamente, mecanismo se define como “estructura de un cuerpo natural o artificial, y combinación de sus partes constitutivas” (DRAE, 1992: 980).

Al interior del sistema de gestión pública contractual, los mecanismos de adjudicación, se constituyen de un lado en el momento en cual se combinan elementos estructurantes del método de selección objetivo y la modalidad de elección escogida por la administración, con la reglas particulares definidas para identificar el particular al cual se le asigna o adjudica la suscripción y ejecución de un contrato.

De otro lado, según el Diccionario de Derecho Usual, por adjudicación se entiende la declaración de que algo concreto pertenece a una persona (CABANELLAS,

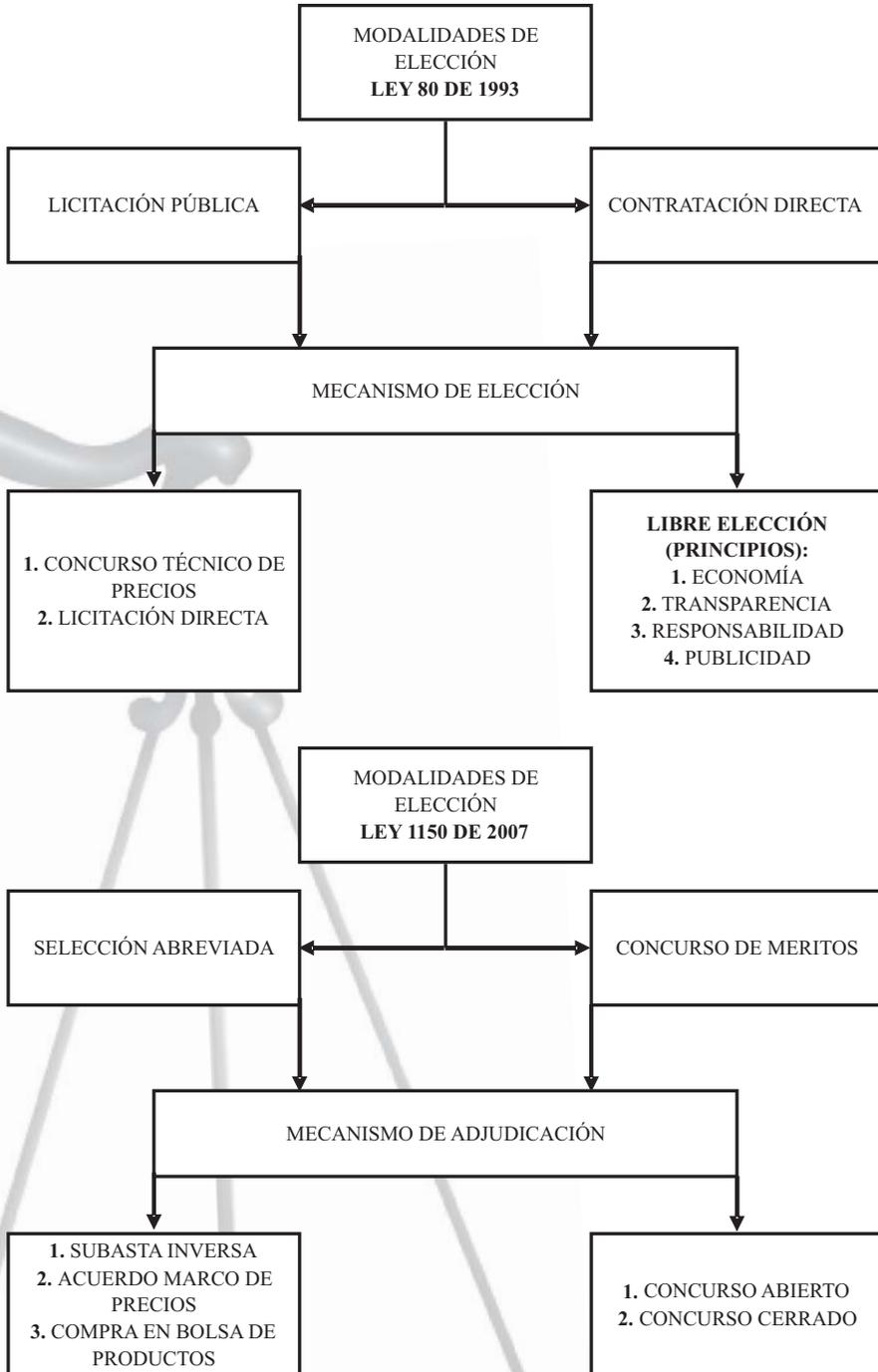
1996: 165) y los que hacen los mecanismos de adjudicación es precisamente eso, declarar que un contrato pertenece un particular y que el proceso de la gestión pública contractual ha culminado con la identificación objetiva de un contratista para el Estado.

El mecanismo de adjudicación es complementario a la modalidad de elección, pues en esta se busca fijar un conjunto de reglas mediante las cuales se desata el proceso de identificación de un contratista, pero en dicho proceso, se pueden encontrar muchos o al menos varios potenciales contratistas y en aquella, es decir, en el mecanismo de adjudicación, se fijan criterios para la adjudicación del contrato.

La adjudicación implica previamente que en forma interna la administración municipal ha realizado un proceso de valoración o de evaluación de las ofertas que le han sido presentado por los particulares y determina, reconoce y declara cuál es la oferta más favorable, con lo cual se concreta la voluntad pública de buscar un contratista y pone fin al procedimiento administrativo contractual; la adjudicación, constituye un acto mediante la cual se premia la mejor oferta, la más conveniente y reconoce la existencia de un ganador. Un verdadero sistema de gestión de la contratación pública, implica necesariamente que para cada modalidad de elección, se generan unos mecanismos de adjudicación, que guardan con aquella una relación directa.

Dicho de otra forma, no cualquier mecanismo de adjudicación se aplica a cualquier modalidad de elección del contratista, entre ellos existe una relación de conexidad e interdependencia; esquemáticamente el mecanismo de adjudicación con su respectiva modalidades de elección fijadas en la Ley 80 de 1993 y completadas a través de la Ley 1150 de 2007, se puede representar así ver Gráfico No. 3.

Gráfico No. 3



### III. LA LEY 1150 DE 2007 PROMETE UNA REVOLUCIÓN EN EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN

Una vez mostrado el Contrato Estatal como un instrumento de la gestión pública y no como un asunto meramente jurídico y esbozado su funcionamiento a través de los subsistemas del método de selección, modalidades de elección<sup>10</sup> y mecanismos de adjudicación, resulta conveniente argumentar las razones por las cuales se estima que la Ley 1150 de 2007 puede ser una verdadera revolución en materia de control de la corrupción y para ello se pone de presente, en forma previa, dos condiciones necesarias, aunque no suficientes, para que tal revolución del control de la corrupción se pueda dar. Posteriormente se esbozaran las razones que crean ese marco de oportunidad de revolución y control de la corrupción.

#### 3.1 CONDICIONES NECESARIAS PARA LOGRAR UNA REVOLUCIÓN EN EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN DESDE LA LEY 1150 DE 2007

Las razones que se expondrán a continuación, pueden parecer peregrinas y resultar inclusive de cajón, pero es preciso valorar la Ley 1150 de 2007, como una Ley verdaderamente revolucionaria, o que al menos promete una revolución por su configuración dinámica.

##### 3.1.1 UN BUEN EJERCICIO DE POTESTAD REGLAMENTARIA

Si tomamos como premisa que la Ley 1150 posee un diseño y una textura normativa abierta, que funcionalmente ataca aquellos problemas de captura técnica del estado identificado desde el estudio de soporte del manual de buenas prácticas de la contratación, debemos colegir que la reglamentación es clave para no desconfigurar la voluntad del legislador y lograr que su operatividad sea lo suficientemente adecuada, como para inscribir el cambio de modelo del contrato estatal como fenómeno jurídico a un instrumento de la gestión pública. En efecto, ya está definido por parte de planeación nacional que entre el 27 de noviembre y el 3 de diciembre de los corrientes, el Presidente de la República instalará un

<sup>10</sup> Es preciso aclarar que la Ley 1150 en su Artículo 2 hace referencia a modalidades de selección, empero preferimos omitir la letra s inicial y hablar de elección; pues a nuestro juicio se trata de un problema de técnica legislativa y no simplemente semántico que genera dificultades y confusión con la selección objetiva. En efecto, las modalidades de elección hacen referencia a la fijación previa de un conjunto de reglas, ya no de carácter abstracto sino concreto que ofrecen, no el acceso en general al mercado de bienes y servicios sino en forma particular a un bien o servicio que genera el funcionamiento del Estado, mediante una modalidad de contratación puntual, a través de la cual se configura un proceso de identificación de un contratista para el Estado; entre tanto la selección objetiva, constituye en un conjunto de expectativas normativas a través de las cuales se debe verificar la escogencia de un contratista al interior del mercado de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado.

evento denominado mesas de diálogo y concertación de la reglamentación de la Ley 1150 de 2007, que tendrá un equipo de expertos en contratación trabajando y discutiendo las propuesta de borradores de los Decretos reglamentarios, que guardan relación con:

- i) Decreto nuevo régimen del concurso de meritos.
- ii) Decreto nuevo régimen del contrato de obra pública de objeto completo.
- iii) Decreto nuevo régimen de la subasta inversa en la selección abreviada.
- iv) Decreto nuevo régimen de la garantía única.
- v) Decreto nuevo régimen de reglamentación de promoción para el desarrollo.

Amén de lo anterior, ya existe el borrador del Decreto de compilación de la Ley 1150 y la Ley 80 de 1993, que se denominará *Estatuto de la Contratación de la Administración Pública* y en lo que respecta a la configuración legislativa de las facultades otorgadas por el congreso al gobierno nacional para reglamentar la contratación con recursos públicos, encontramos el siguiente régimen delegación a favor del gobierno, para generar la reglamentación de la Ley 1150 de 2007, así:

- i) Reglamentación de la selección abreviada, facultad del Artículo 2 numeral 2° inciso 2°.
- ii) Reglamentación de la modalidad de selección abreviada de enajenación de bienes del Estado, facultad del Artículo 2 numeral 2° literal e inciso 3°.
- iii) Reglamentación de la modalidad de selección abreviada de enajenación de bienes del FRISCO -Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado- facultad del Artículo 2 numeral 2° literal e inciso 4°.
- iv) Reglamentación de la estandarización de las condiciones generales de los pliegos de condiciones y contratos de entidades estatales para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, facultad del Artículo 2 parágrafo 3°.
- v) Reglamentación del señalamiento de las entidades o la entidad encargada del diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios y establecimiento de las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio, facultad del Artículo 2 parágrafo 5° inciso 4°.
- vi) Reglamentación en materia contratación electrónica, los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual, facultad del Artículo 3 inciso 2°.
- vii) Reglamentación el SECOP designando su organismo administrador, facultad del Artículo 3 parágrafo 1° inciso 2°.
- viii) Reglamentación del K de contratación en contratos de obra y otros que señale el gobierno nacional, facultad del Artículo 6 parágrafo 1° inciso 2°.

- ix)** Reglamentación de condiciones de verificación de la información que se constituye en requisitos habilitantes de participación en materia de capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización del proponentes materia de registro empresarial de la Cámara de Comercio para calificación y clasificación del RUP, facultad del Artículo 6 parágrafo 2°.
- x)** Reglamentación del monto de las tarifas que cobrarán las Cámaras de Comercio por concepto de la inscripción en el registro, renovación, modificación y actualización y por las certificaciones que le sean solicitadas en relación con el mismo, facultad del Artículo 6 parágrafo 3°.
- xi)** Reglamentar en materia de garantía única los criterios para hacer exigible misma, las clases y niveles de amparo de los riesgos y los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida, facultad del Artículo 7 inciso 3°.
- xii)** Reglamentar en materia de promoción para el desarrollo, mecanismos que en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes, servicios el fomento de la mano de obra local o departamental, facultad del Artículo 12 inciso 1°.
- xiii)** Reglamentar en materia de promoción para el desarrollo, las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección cuyo valor se encuentre por debajo de 750 SMLMV, las entidades estatales adopten en beneficio de las Mipymes y de los grupos marginados o discriminados, convocatorias limitadas a las Mipymes departamentales, locales o regionales cuyo domicilio principal corresponda al lugar de ejecución de los contratos, facultad del Artículo 12 inciso 2°.
- xiv)** Reglamentar en materia de promoción para el desarrollo, mecanismos medidas que obliguen la inclusión en los pliegos de condiciones para la subcontratación preferente de las Mipymes en la ejecución de los contratos estatales, cuando a ello hubiere lugar, facultad del Artículo 12 parágrafo 2°.

En total hablamos de al menos catorce (14) componentes de reglamentación por vía de potestad reglamentaria presidencial o de facultades de delegación, con lo cual no hay duda que hablamos de una norma de textura abierta y la finalidad lograda en la expedición de la Ley, encontrará en la reglamentación una gran amenaza, pues se corre el riesgo que se puedan desnaturalizar algunos componentes esenciales de la norma, amenaza que a juzgar por lo visto hasta ahora, no debe concretarse, pues el gobierno nacional en el proceso de reglamentación, hará mesas de diálogo y concertación, entre el 28 de noviembre y el 3 de diciembre, como antes se indico.

### 3.1.2 ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL

Como segunda condición necesaria para garantizar que efectivamente la Ley 1150 de 2007, genere una revolución en materia de control efectivo de la corrupción administrativa y la captura técnica del Estado en relación con la gestión de la contratación y el uso eficiente de los recursos públicos, se hace preciso contar una verdadera gestión preventiva, moralizante y correctiva de la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación.

Lo anterior debe ser matizado, pues indistintamente de los éxitos y fracasos de los órganos de control en tal materia, es preciso recordar que la configuración del sistema normativo y la calidad de las Leyes, es un gradiente esencial en la posibilidad tener una respuesta efectiva por parte de tales entidades en materia de moralidad pública y ahora encontramos en la Ley 1150, varias situaciones que permiten asumir que hay un escenario diferente y dependerá de tales entidades generar un proceso serio y estricto de control en la aplicación de la Ley y correlativamente de reducir corrupción a su justas proporciones.

- i) La Ley 1150 de 2007, incluye reglas para atacar los focos de corrupción más publicitados por los medios de comunicación y visibles en la comunidad como son:
  - a) Reglas para el contrato interadministrativo.
  - b) Reglas para contratos con organismos multilaterales.
  - c) Reglas de contratos con universidades públicas.
  - d) Disminución de las entidades que no aplicaban el *Estatuto General de la Contratación Pública* y que en adelante estarán sometidas a las reglas comunes de la Ley 80 y la Ley 1150: CAR'S, Asociaciones y Cooperativas de Municipios, etc.
- ii) La Ley 1150 de 2007 ordena en su Artículo 13 que todo caso aquellas entidades que están excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, deberán aplicar los principio de la función administrativa y de la vigilancia de la gestión fiscal.
- iii) Consagra la aplicación de nuevas normas para mejorar la transparencia en el uso de recursos públicos como la adjudicación en audiencia pública obligatoria en relación con las licitaciones públicas, amén de lo consignado en el punto anterior.
- iv) Configura, aunque sea nominalmente, tres nuevos principios en materia de contratación pública: *Principio de Proporcionalidad de*

*la Selección Objetiva<sup>11</sup>, Principio de Publicidad<sup>12</sup> y el Principio de la Planeación Contractual<sup>13</sup>.*

- v) En materia de la nueva gestión pública, introduce nuevas modalidades de elección y nuevos mecanismo de adjudicación que harán de la contratación un procedimiento rápido y ágil, menos formalista jurídicamente hablando y mas transparente (problema de los costos de transacción de la economía neoinstitucional).
- vi) La obligación de las Cámaras de Comercio de realizar verificación documental en relación con los soportes de calificación y clasificación para el RUP.

Lo anterior demuestra que asistimos a un proceso de transformación sustancial de los procedimientos que regirán la contratación pública y del uso de recursos públicos, eliminando tanto componente de ritualidad formalista y legalidad mecánica, logrando hacer del contrato un instrumento del sistema de la gestión pública y concretando en él una configuración biforme, por un lado es un instrumento de la gestión pública y por el otro, sigue siendo un acto administrativo complejo en el que concurre al principio de legalidad, la cláusula de competencia y la obligación de aplicar los principios del Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, los nuevos principio de la Ley 1150 de publicidad, planeación y de proporcionalidad de la selección objetiva.

### **3.1.3 COMPONENTES ESTRUCTURALES QUE INDUCIRÁN UN REVOLUCIÓN EN MATERIA DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN**

En este punto, se enuncian algunos componentes estructurales que inducirán un verdadero control de la corrupción administrativa en materia de contratación pública y se constituyen en la promesa de la revolución, para reducir la corrupción a sus justas proporciones.

#### **3.1.1.1 LA PROPIA LEY 1150 DE 2007**

Es el más estructural de todos los componentes, ya hemos hablado de cómo logra configurar un verdadero sistema de gestión contractual con unos subsistemas de

---

<sup>11</sup> El Artículo 5 de la Ley 1150 integra las nuevas reglas de la selección objetiva y configura el sistema de selección de pasa no pasa, ya no de evaluación jurídica, pues los aspectos relativos a la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los oferentes serán objeto de simple verificación de cumplimiento como requisito habilitante para hacer parte del proceso más no dará lugar a una calificación puntuada y se determina que las exigencia de tales circunstancias no calificables ni evaluables deberá ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir.

<sup>12</sup> A nuestro juicio, las nuevas reglas sobre la publicidad, incluida la publicidad electrónica, el SECPOP y la obligación de motivar las razones de escogencia de una modalidad de elección, terminan configurando en forma autónomo el principio de publicidad.

<sup>13</sup> La obligación de publicar los estudios previos, inaugura en forma definitiva el principio de planeación.

método de selección, modalidades de elección y mecanismos de adjudicación particulares, los diferentes aspectos enunciados en los puntos 3.1.1. y 3.1.2.; además logra sustraerle a la Ley 80 de 1993 expresiones polisémicas y ambiguas en materia de dogmática, para generar un sistema normativo más transparente y una verdadera especialización técnica del lenguaje contractual, veamos:

- i) Se elimina la diferencia entre pliegos de condiciones y términos de referencia.
- ii) Se suprime la expresión de contrato sin formalidades y en consecuencia se elimina la diferencia entre contratos con formalidades plenas y sin formalidades.
- iii) Desaparece la clasificación de los contratos en función a la cuantía<sup>14</sup>, según el cual la ejecución de un presupuesto de mayor cuantía se hace vía licitación pública, si el presupuesto es menor cuantía será contratación directa de página web y si es un presupuesto de mínima cuantía será una contratación de selección libre y directa.

### 3.1.3.2 LOS ARTÍCULOS 1 Y 13 DE LA LEY 1150 DE 2001

En sentido particular, sin lugar a dudas es el componente más estructural de todos, pues muestra como el objetivo de la Ley es introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993 y dictar disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos y de otro lado, la exigencia de aplicar principios de la función pública del Artículo 209 y los principios de la vigilancia de la gestión fiscal del Artículo 267 de la Constitución Política a todas aquellas entidades que aunque no aplican la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, deberán asegurar que el uso de recursos públicos, están signados por la aplicación de tales principios constitucionales y en teoría ello trae al menos dos grandes consecuencias:

#### 3.1.3.2.1 CONFIGURACIÓN DE VERDADEROS SISTEMAS NORMATIVOS DE CONTRATACIÓN

La reafirmación de que hay otros regímenes de contratación diferentes al Estatuto de la Ley 80 de 1993, por parte del Artículo 13 de Ley 1150, logra generar un criterio de identificación normativa en materia de especialidad y prevalencia, a través del cual se puede inferir que efectivamente el Estado colombiano utiliza seis (6) sistemas normativos de contratación que son autónomos e independientes de la Ley 80 de 1993 y que a la vez hay unas entidades de régimen exceptuado; tales sistemas autónomos e independientes de contratación son:

<sup>14</sup> El Artículo 2 literal b de la Ley 1550, suprime la contratación de menor cuantía como una modalidad de elección del contratista autónomo en la Ley 80 de 1993. En adelante, la contratación de menor cuantía será simplemente una causal de selección abreviada y el inciso 2° del Artículo 6 de la Ley 1150, determina que no se requerirá el RUP en los casos de contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad.

- i) Sistema normativo de Ley 80 de 1993 - Estatuto General de la Contratación Estatal.
- ii) Sistema normativo de Ciencia y Tecnología.
- iii) Sistema normativo de actividades económicas de mercados regulados en sectores de: SSPPDD, transporte, urbano, financiero, comunicaciones y salud.
- iv) Sistema normativo de derecho internacional privado: Contratos de empréstito y convenios de asistencia y cooperación.
- v) Sistema normativo de bienes y servicios para la defensa y la seguridad nacional: Ley 1097 de Gastos Reservados de Defensa.
- vi) Sistema normativo de convenios interadministrativos de cooperación: Ley 489 de 1998 y Convenios de asociación de Entidades sin Ánimo de Lucro (Decreto constitucional 777 de 1992).

### 3.2.2.2 APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL

Desde ya se advierte una posible inconstitucionalidad parcial del Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007; el suscrito al dictarle una capacitación al Staff de la Contraloría General de la República con todos los Contralores Delegados así lo advirtió, y tuvo oportunidad de encender la polémica, la cual se deja esbozada a continuación en los siguientes términos:

- i) De la redacción del Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se infiere que es obligación de las entidades de régimen exceptuado y que no contratan con la Ley 80 de 1993, aplicar los principios de la función pública del Artículo 209 y de la vigilancia de la gestión pública del Artículo 267 de la Constitución Política, y a contrario sensu, las entidades que aplican la Ley 80 de 1993, no deben aplicar tales principios del Artículo 209 y 267 de la Constitución.

A pesar de lo anterior, el Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, consagra la obligación de aplicar en la actividad contractual los postulados de la función administrativas y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, luego bajo una interpretación sistemática debemos colegir que al menos por remisión normativa, que quienes no aplican Ley 80 de 1993, deberán aplicar en la actividad contractual al menos los postulados o principios de la función administrativa, empero, no podemos decir lo mismo de los principios de la vigilancia de la gestión fiscal, pues no son los mismos principios que regulan la conducta de los servidores públicos, ligados sin duda alguna a la moralidad pública y no propiamente a los componentes técnicos de la gestión pública, como son aquellos definidos por el Artículo 267 superior.

Sin lugar a dudas, dicha redacción del Artículo 13 de la Ley, es inconstitucional en forma parcial, pues todas las entidades del Estado colombiano y los particulares que administren recursos, fondos y bienes públicos, deben aplicar los principios de la función pública del Artículo 209 y de la vigilancia de la gestión pública del Artículo 267 de la Constitución Política.

- ii) Bajo la concurrencia de dos premisas, tendremos que en materia de control de las actuaciones contractuales y del uso de recursos públicos, estará en manos de la Contraloría General de la República, redefinir su propio marco de actuación institucional y desplegar un poder gigantesco que puede representar la reducción de la corrupción a sus justas proporciones.

**La premisa uno**, corresponde a la posibilidad una inconstitucionalidad parcial del Artículo 13 de la Ley 1150, implica que el marco de actuación de la Contraloría General de la República y las Contraloría Territoriales por supuesto, se verá redimensionado en forma muy positiva.

**La premisa dos**, implica que si se llegará a verificar la anterior afirmación, es decir, que exista en el inmediato futuro una Sentencia de la Corte Constitucional de inconstitucionalidad parcial del Artículo 13 antes citado, la posibilidad de un redimensionamiento del papel institucional de la Contraloría, cobra pleno valor a condición de aceptar que existe una diferenciación desde la arquitectura constitucional de lo que debemos entender por control fiscal y vigilancia de la gestión fiscal.

Sobre este particular, debemos indicar que el Consejo de Estado en Concepto N° 1522 del 4 de agosto de 2003, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, expresa que la Contraloría posee una Función que es el control fiscal y la vigilancia de la gestión fiscal es su objeto; tal concepto acaba de ser recogido por la Sección Primera del Consejo de Estado en el Expediente con Radicación N° 25000-23-24-000-2003-00182-01, Sentencia del 10 de mayo de 2007, Consejero Ponente Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, mediante el cual se declara la Nulidad de la Resolución N° 0000183 de 22 de julio de 2002, expedida por la Contraloría Delegada para el Sector Social de la Contraloría General de la República, mediante la cual le impuso sanción de multa; así se pronunció el Consejo de Estado:

Son dos, entonces, los conceptos allí involucrados: El de control fiscal y el de gestión fiscal. Sobre el primero, siguiendo el pronunciamiento más reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, se tiene la siguiente delimitación de ese concepto: “El control fiscal es una función pública que tiene por

objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República<sup>15</sup>, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la Ley (artículo 267 de la Constitución Política)<sup>16</sup>. En tanto que en ese mismo pronunciamiento la gestión fiscal se define así, con base en el Artículo 3° de la Ley 610 de 2000: “Para los efectos de la presente Ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Debemos apartarnos totalmente de lo expuesto por el Consejo de Estado, pues según tal fallo, el control fiscal es la función y la vigilancia de la gestión fiscal es el objeto sobre el cual se proyecta tal función, lo cual es una comprensión mecánica de la arquitectura constitucional y por esa vía, terminamos cercenando en forma grave, el papel misional de la Contraloría General de la República.

A continuación se presentan las razones del disenso y lo que a juicio del suscrito, implica una interpretación más cercana a la norma constitucional; a nuestro juicio, en materia de contratación pública tanto el control fiscal como la vigilancia de la gestión fiscal son funciones diferentes e independientes que ejerce la Contraloría General de República y las Contraloría Territoriales y si ello es así, se puede concluir

---

<sup>15</sup> El Artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. En la Asamblea Nacional Constituyente, se precisó que “...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios (...) La Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados” (Gaceta Constitucional N° 59, jueves 25 de abril de 1991).

<sup>16</sup> Concepto N° 1522 de 2003, de 4 de agosto de 2003, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente, Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce.

que la Contraloría deberá reinventarse en su quehacer institucional y tiene en la Ley 1150 una oportunidad histórica de diseñar e implementar nuevos instrumentos, través de los cuales desarrolle una gran técnica de control de la captura técnica del Estado para reducir la corrupción a sus justas proporciones, abriendo las puertas de una gran revolución institucional en el Estado colombiano.

**Razón Uno.** Es la propia Constitución Política la que asigna al Contralor General unas funciones que hablan de control fiscal y otras que hablan de gestión fiscal, luego resulta una incorrecta interpretación de la norma deducir que el control fiscal es una función y la gestión fiscal es el objeto de la misma, y podríamos decir que donde el constituyente no distinguió no cabe al Consejo de Estado hacerlo. Del Artículo 268 de la Constitución Política, encontramos como funciones del Contralor General de la República, en relación con el Control Fiscal:

- Numeral 6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.
- Numeral 9. Presentar de presentar proyectos de Ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.
- Numeral 12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades del orden nacional y territorial.

Del Artículo 268 de la Constitución Política, encontramos como funciones del Contralor General de la República, en relación con la Gestión Fiscal:

- Numeral 1. Prescribir los métodos y formas de rendir cuentas a los responsables del manejo de fondos y bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados.
- Numeral 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la nación.
- Numeral 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

**Razón Dos.** En lo que corresponde al momento temporal en el cual nace la competencia de la Contraloría General y en consecuencia el momento en que se puede hacer válidamente tal intervención, encontramos una diferencia total entre control fiscal y vigilancia de la gestión fiscal.

La competencia de la Contraloría para efectos de ejercer el control fiscal de la contratación estatal, nace una vez perfeccionado el contrato y finalizados los trámites administrativos de legalización del mismo.

La competencia de la Contraloría para efectos de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la contratación estatal, nace desde el momento mismo de la adopción y asignación del presupuesto público de cada vigencia fiscal e integra no simplemente los elementos jurídicos de naturaleza contractual, sino los relacionados con los componentes presupuestales y de la planeación; es decir, la vigilancia de la gestión fiscal incluye todos los instrumentos de la gestión pública que son la planeación, la presupuestación y la contratación desde el inicio del año fiscal, pues incluye el control financiero, el control de gestión y el control de resultados y no simplemente desde la legalización del contrato como ocurre con el control fiscal.

El Artículo 65 de la Ley 80 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia 623 de 1999, y de tal norma se desprende que el control fiscal de los contratos estatales es posterior e inicia una vez agotados los trámites administrativos de legalización del contrato estatal, según tal Sentencia:

El ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales, comienza desde el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos, es decir, cuando aquéllos han quedado perfeccionados, pues es a partir de allí cuando tales actos nacen a la vida jurídica y, por tanto, es viable el control posterior, como lo ordena la Constitución.

De otro lado, agrega dicho fallo que:

La vigilancia de la gestión fiscal comprende un control financiero, de gestión, y de resultados, basado en la eficiencia, la equidad, la eficacia, la economía y la valoración de los costos ambientales. LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL TIENE COMO FIN: LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO, LA TRANSPARENCIA Y MORALIDAD EN TODAS LAS OPERACIONES RELACIONADAS CON EL MANEJO Y UTILIZACIÓN DE LOS BIENES Y RECURSOS PÚBLICOS, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Mayúsculas y Negrillas Fuera del Texto.

De lo anterior se desprende que, una cosa es el ejercicio del control fiscal de la contratación estatal, que en todo caso siempre será posterior a la legalización

del contrato, y otra cosa muy diferente es la vigilancia de la gestión, que al tener como fin -SIC- la protección del patrimonio público, la transparencia y moralidad **en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos**, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado, implica concluir válida y legalmente que el momento temporal de la vigilancia de la gestión fiscal es anterior a la etapa precontractual e incluye la etapa preparatoria del contrato o de planeación.

Así las cosas, la Contraloría General de la República puede encontrar en el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, un pretexto válido para reinventar su propia función, su propio quehacer institucional e inducir bajo la lógica de vigilancia de la gestión fiscal, un sistema preventivo y moralizador de la actuación pública que incluye los tres instrumentos de la gestión pública en forma global y holística y no simplemente un control fiscal posterior de los contratos suscritos, lo cual entraña una visión mecánica, formalista y restringida del contrato estatal y bajo tal lógica inducir un proceso sistemática de reducción de la corrupción administrativa a sus justas proporciones, que debe incluir, tanto aquellas entidades con régimen exceptuado como las que no los poseen.

### 3.1.3.2 LA FUNCIÓN DE VERIFICACIÓN DOCUMENTAL DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO PARA EL RUP

Al decir del Artículo 6º numeral 1º de la Ley 1150, será función de las Cámaras de Comercio realizar la verificación documental de los soportes entregados por los proponentes en su petición de calificación y clasificación del *Registro Único de Proponentes* y según el Artículo 5 numeral 1º la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera, y de organización de los proponentes serán objeto de verificación documental por parte de las Cámaras y operaran como requisitos habilitantes para participar en un proceso de selección.

En la actualidad el sistema funciona bajo la lógica de la buena fe y en tal sentido, el RUP muestra que una empresa o ONG, posee la capacidad contractual para licitar o concursar en cualquier proceso contractual que genera el mercado de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, tales como construir túneles o puentes, importar maquinaria o medicamentos, diseñar soluciones de software o dictar capacitación, vender sillas o construir puertas, es decir, el actual RUP es una verdadera falacia y no cumple su función que la especialización de la experiencia y de focalización de la capacidad operativa en unas especialidades definidas por la Ley.

Tenemos conocimiento que en lo corrido desde la vigencia de la Ley 80, sólo se han generado 4 impugnaciones de registros de proponentes, luego, eso indica

que el sistema no funciona y ahora sabiendo que la información aportada por el oferente en el marco de una modalidad de elección no podrá ser requerida por la entidad contratante, si la misma fue aportada por generar el RUP, no cabe duda alguna que asistiremos a un proceso de canibalismo empresarial, en el cual los contratistas tratarán de impugnar dicho registro, y de paso se podrán generar denuncias en contra de los particulares contratistas, como de los funcionarios de Cámara de Comercio que participen en la expedición irregular de la de calificación y clasificación del *Registro Único de Proponentes*. En tal sentido, corresponderá a los organismos de control desatar sanciones y Sentencias ejemplarizantes, para que la función de especialización del RUP, en verdad corresponda a los fines declarados por el legislador y deje de ser simplemente un documento más que se hace necesario en el trámite contractual.

El nuevo RUP se constituye en pieza clave y hará parte del sistema de pasa no pasa, eliminando en la práctica y en gran medida la evaluación jurídica con excepción del concurso de meritos según lo reglado en el numeral 4° del Artículo 1150, suprimiendo en gran medida la tramitomanía y el encarecimiento de la presentación de propuestas, en las cuales es necesario entregar volúmenes alarmantes de soportes documentales, de cuyo inobservancia se valen la oficinas jurídicas para proceder a la descalificación del contratista. En la práctica podemos pensar que se acaba uno de los grandes focos de corrupción en materia contractual: La evaluación jurídica en las oficinas de contratación.

### CONCLUSIONES

- La Ley 1150 permite asumir el contrato como un instrumento de la gestión pública y no simplemente como un acto de naturaleza jurídica.
- La Ley 1150 ataca efectivamente aquellas causas de corrupción más visibles y publicitadas.
- La Ley 1150 facilita la comprensión del sistema de fuentes de la contratación, posibilitando el estudio de sistemas normativos de contratación.
- La Ley 1150 al introducir nuevas modalidades de elección de contratistas, nuevos mecanismos de adjudicación y nuevas reglas de selección objetiva, facilita dimensionar la contratación con un sistema de gestión pública.
- La Ley 1150 entrega herramientas a los órganos de control y en particular a la Contraloría General, para lograr una revolución en materia de control de la corrupción.

## BIBLIOGRAFÍA

- BONNIN, Charles Jean. (2004). *Principes d'administration publique*. Méjico: Fondo de Cultura Económica.
- CABANELLAS, Guillermo. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Diccionario de la Lengua Española de La Real Academia de la Lengua. 1992. Madrid: Editorial Espasa Calpe, Vigésima Primera Edición.
- Gaceta Constitucional No. 59*. (1991). Bogota: Imprenta Nacional
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional, Sentencia 623 de 1999 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Consejo de Estado, Concepto No. 1522 del 4 de agosto de 2003, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación No. 25000-23-24-000-2003-00182-01, Sentencia del 10 de mayo de 2007, Consejero Ponente Dr. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.