EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY 80 DE 1993

Honorables senadores:

Aun desde antes de la expedición de la nueva Constitución Política de cuatro (4) de julio del año próximo pasado, existía un consenso general sobre la necesidad de introducir importantes modificaciones a la legislación que desde los años de 1982 y 1983 gobernaba gran parte de la contratación de las entidades públicas, opinión motivada no solamente por pruritos intelectuales sino por el pleno y total convencimiento de los efectos negativos quizá no tanto de la normatividad que a la sazón regía como por los de la estrecha interpretación de que ella había sido objeto.

Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias.

Por último, independientemente de la bondad conceptual y teórica de la actual legislación contractual pública, a nadie escapa que la misma no alcanza a lograr el objetivo de cumplir los cometidos estatales y obtener la eficiente prestación de los servicios a cargo de las entidades públicas.

Tal vez gran parte de la responsabilidad en ello no puede endilgarse al legislador de aquel entonces sino al hecho de haber llevado a la ley, normatividad estática, aquello que debía estar en reglamentos dinámicos, por esencia cambiantes, por necesidad permanentemente ajustables a las nuevas condiciones, a las nuevas técnicas y a los requerimientos de hoy.

Todo ello, unido al imperativo del inciso final del artículo 150 de la Carta, constituye justificación del proyecto que se presenta a consideración del honorable Congreso de la República y en el cual se ha buscado corregir los evidenciados defectos del pasado.

I. ANTECEDENTES

<ANTECEDENTES>. A pesar de que durante largo tiempo no fueron muchos los contratos que precisó el Estado y aunque los estudiosos estimaron que en nada cambiaba un acuerdo de voluntad por el hecho de que una de las partes del mismo fuera una persona de derecho público y que por eso a los contratos estatales se les llamara "actos de gestión" o de "mero derecho privado", opuestos a los "actos de gobierno", "poder", "imperio" o "mando", lo cierto es que desde la iniciación de nuestra vida republicana la legislación se preocupó por regular la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento, vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos contenido.

Como productos de lo anterior pueden presentarse el Código Fiscal de 1873 que ya regulaba la institución de la caducidad, forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado; la ley 53 de 1909, que reitera esta facultad y que consagra algunas exigencias administrativas; la ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional que se refiere a la licitación o concurso como procedimiento de selección de contratistas y a sus excepciones; la ley 130 de 1913, nuestro

primer estatuto procesal contencioso administrativo que ratifica el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; la ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias.

A esa normatividad podrían agregarse una serie de leyes y decretos legislativos que de los años 40 a 70 se dictaron, relacionados con autorizaciones, aprobaciones y revisiones de tipo administrativo exigidas para los contratos estatales. Igualmente, podrían señalarse las contenidas en el Código de Minas y las normas que lo reformaron relativas a trámites administrativos para obtener, por medio de acuerdo, la explotación de recursos mineros nacionales y a cláusulas o estipulaciones especiales para esa clase de actos, como la llamada "reversión", mediante la cual se previó que al finalizar un contrato de explotación de la riqueza nacional los bienes y elementos puestos al servicio de la misma pasen a ser propiedad de la entidad estatal.

Finalmente, bien podría recordarse la legislación agraria y la de los recursos naturales no renovables, en donde se tratan clases particulares de contratos de explotación de bienes del Estado, tales como baldíos, areneras, bosques, ríos, etc.

No puede negarse que durante todo este tiempo y en la medida en que el campo de las actividades del Estado fue en crecimiento, se habló de la necesidad de una normatividad particular y especial para los contratos del Estado. Fue así como en la legislatura de 1934, primero, el senador por el Departamento del Atlántico, doctor Francisco Carbonell González, presentó un proyecto en tal sentido, acto que no alcanzó a convertirse en ley. Posteriormente, en 1937, el doctor Alberto Lleras Camargo, Ministro de Gobierno para ese entonces, impulsó nuevamente un proyecto semejante que no logró convertirse en ley de la República.

Ya en la década del setenta, y como consecuencia del marcado intervencionismo impuesto en la reforma constitucional de 1968, fue mayor ese clamor de una legislación particular para los contratos del Estado, el que se encontró justificable porque con la expedición del decreto-ley 528 de 1964 se había entregado a la justicia contencioso - administrativa el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos "administrativos" de las distintas entidades estatales y porque al expedir los decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, el legislador había distinguido entre los contratos que celebraban la Nación y sus establecimientos públicos y los que acordaban los otros entes y así mismo, desde ese entonces, se había anunciado un régimen diferente para unos y otros.

Este anhelo motivó la expedición de la ley 2ª. de 1973, mediante la cual se otorgaron facultades extraordinarias al gobierno para expedir un estatuto contractual en el ámbito nacional, cosa que a la postre no se produjo por haber expirado el término de las autorizaciones. Un año más tarde, el Congreso dictó la ley 28 de 1974 y en ella se volvieron a otorgar facultades extraordinarias para expedir la ley de los contratos del Estado. En esta ocasión, por medio del decreto-ley 1670 de 1975, el gobierno hizo uso de la facultad otorgada y expidió el estatuto esperado.

Mas debe anotarse que este nuevo ordenamiento, cuyo ámbito de aplicación lo fue solo en el orden nacional, no abarcó todos los campos de la contratación, motivo por el cual continuaron rigiendo para muchos aspectos de los contratos del Estado las disposiciones de los códigos Civil y de Comercio.

En 1976, y con base en las mismas facultades, el gobierno, en virtud de algunas críticas y reparos que se habían hecho al decreto-ley 1670, expidió el decreto-ley 150, conocido durante algunos años como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales.

Y como es cierto que se había presentado un cambio en la mentalidad jurídica del país y se creía que la figura del contrato del Estado debía gobernarse según los estrictos moldes del derecho público y que era necesario desterrar los postulados de la autonomía de la voluntad y del contrato acto generador de leyes particulares, al poco tiempo de vigencia del Estatuto empezaron a formularse diversas críticas en torno a sus limitaciones normativas y deficiencias.

Lo anterior debe adicionarse con una gran verdad: el estatuto de 1976 había caído en la trampa de llevar a la ley aquello que debió estar siempre en las meras reglas y prácticas cambiantes de administración y por ello bien pronto se tornó desueto y conflictivo.

Ante esa situación nuevamente el legislador, en el año de 1982, otorgó facultades extraordinarias al gobierno para expedir un estatuto, con un mayor campo de aplicación.

Fue así como en el mes de febrero de 1983 se dictó el decreto-ley 222, "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas ... ".

Sin embargo y a pesar de lo expresado y de los correctivos dados por la ley de 1983, tampoco en esta oportunidad se logró el propósito y por ello también a los pocos días de la expedición del decreto, ya vencidas las autorizaciones extraordinarias, se pusieron de relieve las críticas y los reparos.

Tales glosas llevaron al gobierno, a sus colaboradores jurídicos y a los particulares al estudio de las modificaciones al decreto-ley 222 y a la presentación al Congreso en diferentes legislaturas de varios proyectos que no han logrado convertirse en leyes de la República.

Es de anotar que los estudios y anteproyectos elaborados no pretendieron abandonar la filosofía de los estatutos de 1975, 1976 y 1983, sino ajustar algunas de sus instituciones.

Debe igualmente destacarse que si bien para los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas se había acudido a ordenamientos como los mencionados, para los de los departamentos y municipios se había admitido que por lo menos en lo relacionado con su formación y adjudicación debían gobernarse por actos administrativos relativamente flexibles.

II. FRACASO DE LOS FINES BUSCADOS

<FRACASO DE LOS FINES BUSCADOS>. Si, como se ha visto, los juristas y estudiosos del derecho se concentraron en estos últimos veintidós años en la crítica de los estatutos contractuales y en la definición del "contrato administrativo" para diferenciarlo del "contrato de derecho privado", los jueces, por su parte, no solo se ocuparon de ello sino también de separar la materia administrativa contractual de los asuntos del mero derecho privado existentes en tales actos. Adicionalmente, la administración se vio rodeada de obstáculos y pleitos que la obligaron a buscar atajos para sustraerse de las leyes de la contratación pública. En este sentido es significativo el hecho de que de un total de 1.380 contratos de obra pública celebrados por la administración central, 880 se llevaron a cabo mediante la modalidad de contratación directa, tal como lo ha puesto de presente la Contraloría General de la República en un documento elaborado en marzo de 1989--, lo cual evidencia la aludida tendencia.

Así mismo, la legislación especial fue tildada de causante de mayores costos y de obstáculos para el cumplimiento de los fines estatales.

Por último, la moralidad y la pulcritud administrativas buscadas con la expedición de los estatutos tampoco pudo conseguirse.

Aunque sería injusto atribuir tantos males a la legislación vigente e iluso creer que las leyes por sí solas pueden lograr el bienestar y los cambios de conducta que requiere la sociedad, nos encontramos ante unas realidades que imponen la modificación de esa legislación.

La primera, que no deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes; la segunda, que no puede prolongarse la vida de unos requisitos y unas exigencias que tan solo aumentan los costos de los servicios estatales, como las autorizaciones, revisiones, etc.; la tercera, que es necesario dar una mayor autonomía al administrador para que logre cumplir con los fines del mandato entregado; la cuarta, que deben defenderse los derechos del administrado contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias; y la quinta, que es indispensable hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista.

No cabe duda de que un alto porcentaje del gasto público de inversión se efectúa mediante el instrumento de la contratación, tal como se infiere claramente del análisis efectuado por la Contraloría General de la República sobre el valor total de la contratación de obra pública a marzo de 1989, factor este significativo en ese sentido si se tiene en cuenta que dicha modalidad de contratación representa un elevado porcentaje de la contratación total del Estado, a pesar de que el aludido estudio se circunscribe a la administración central--.

Adicionalmente cabe resaltar que habida consideración de los propósitos trazados en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 1990-1994 en materia de inversión pública, específicamente en lo relativo a infraestructura física (construcción de carreteras y adecuación de tierras) y social (educación, salud, vivienda y saneamiento básico), es preciso que la administración cuente con instrumentos de contratación ágiles y eficiente--.

La legislación sobre contratación pública constituye en la actualidad una "camisa de fuerza" opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues se trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad que debe estar presente en el actuar contractual. Todo lo precedente justifica el cambio de concepción frente al contrato de los entes públicos.

III. PROYECTO CONCERTADO

<PROYECTO CONCERTADO>. Es importante resaltar el hecho de que el proyecto, tal como fue concebido originalmente por el gobierno, se sometió a consideración de todos los gremios que directa o indirectamente tienen que ver con la contratación e igualmente de las universidades, ministerios y diferentes entidades públicas, así como de los representantes de las entidades territoriales, con el propósito de recoger opiniones, críticas y observaciones en torno a su contenido, alcance e implicaciones y de efectuar, como en efecto se ha hecho, los ajustes pertinentes.

Es importante destacar el valioso aporte de los mencionados entes y organismos cuya participación, justo es reconocerlo, enriqueció la preparación del proyecto, habida cuenta de su

experiencia y del conocimiento que poseen de los diferentes problemas que gravitan sobre la contratación pública. De esta manera se propició un amplio y significativo intercambio de ideas y criterios que, en buena medida, se reflejan en el texto definitivo del proyecto.

El presente proyecto es entonces el resultado de un fructífero proceso en desarrollo del cual se discutieron y analizaron las diversas inquietudes y propuestas planteadas por quienes en él intervinieron, en un marco de concertación que, como en tantas otras materias vitales para la modernización de nuestras instituciones, ha propiciado el gobierno nacional.

El gobierno estima que aunque aun podría haberse otorgado una mayor autonomía y arribado a una mayor simplificación de normatividad, se ha logrado concebir un conjunto armónico de reglas que no solo permitirá una contratación ágil y justa sino también una administración objetiva y transparente.

Cabe agregar que el presente proyecto corresponde, en su esencia, al presentado por el gobierno en la pasada legislatura pero que, por razones de tiempo y de reglamentación del trabajo legislativo, no alcanzó a ser debatido. Sin embargo, se aprovechó la oportunidad para discutirlo nuevamente en diferentes foros organizados en varias ciudades del país por la Consejería Presidencial para la Modernización del Estado y con la colaboración de las cámaras de comercio. Igualmente se llevaron a cabo diferentes reuniones con los gremios y organismos estatales, resultado de lo cual surgieron nuevas observaciones e interesantes aportes que, en buena medida, se recogieron en la presente versión del proyecto.

IV. COMPETENCIA DEL CONGRESO PARA EXPEDIR EL ESTATUTO CONTRACTUAL MEDIANTE

LEY ORDINARIA

<COMPETENCIA DEL CONGRESO PARA EXPEDIR EL ESTATUTO CONTRACTUAL MEDIANTE LEY ORDINARIA>. Dentro del marco de la cláusula general de competencia que le corresponde al Congreso Nacional en materia legislativa, el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política le atribuye la función de "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional".

En torno a esta disposición constitucional, es preciso dilucidar, en primer término, si la expresión de "estatuto general" que en ella se utiliza hace referencia a la modalidad legislativa que debe revestir la normatividad concerniente a la contratación pública, en cuanto que deba corresponder a una ley estatutaria o a una ley general o si, por el contrario, tal expresión no tiene relevancia alguna en ese sentido y, por consiguiente, dicha materia es susceptible de ser regulada por una ley ordinaria.

Si bien el contenido normativo del citado inciso sugiere la hipótesis según la cual el constituyente quiso que esa función fuera ejercida por el Congreso mediante la expedición de una ley estatutaria o de una ley general, lo cierto es que en la sesión plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del día 30 de junio de 1991, en la cual se discutió la disposición en cuestión (cuyo texto fue propuesto por la Comisión Codificadora), no se llevó a cabo ningún debate sobre su alcance y significación, resultando aprobado simplemente con fundamento en la conveniencia de que esta función del Congreso quedara consagrada expresamente en la Carta. No es procedente, entonces, buscar en la aludida expresión efectos o alcances que en modo alguno fueron objeto de consideración por parte del constituyente.

Por otra parte, basta con detenerse en el texto de los artículos 150-19 y 152 constitucionales que aluden, en su orden, a las leyes generales y a las leyes estatutarias, para descartar la validez de dicha hipótesis puesto que no incluyen en su respectiva enumeración taxativa de materias que deben ser objeto de una u otra categoría de ley, la relacionada con la contratación de las personas públicas.

Conforme a lo expresado, resulta evidente que la competencia del Congreso para expedir el estatuto general de la contratación estatal debe ser ejercida por el legislativo mediante ley ordinaria.

Otro aspecto que debe dilucidarse en relación con la aludida disposición constitucional, es el relativo al alcance de la expresión "estatuto general" en ella prevista, frente al contenido propiamente tal de la ley. En este sentido, es pertinente señalar que así como de tal expresión - según se acabó de exponer - no puede ingerirse que el ejercicio de dicha competencia deba traducirse en una ley estatutaria o en una ley general, tampoco es susceptible de interpretarse en el sentido de que a través de ella el legislativo deba necesariamente expedir un estatuto contractual que regule en forma minuciosa y detallada toda la materia, de modo tal que los múltiples y diversos aspectos que conciernen a la contratación pública queden comprendidos en su texto.

Una interpretación de ese alcance, ciertamente desconoce el ámbito de actuación que compete a la administración en relación con aquellos contenidos normativos que por su propia naturaleza se hallan sujetos a las adecuaciones que las circunstancias cambiantes van imponiendo y que deben ser susceptibles de introducirse de una manera ágil y expedita en orden a lograr la cumplida ejecución de la ley.

En este orden de ideas, la expresión constitucional a que se ha hecho referencia, ha de entenderse en el sentido de que ella invoca el carácter impersonal, abstracto y objetivo que es propio de la ley y del cual, como es obvio, no puede sustraerse el estatuto contractual.

Ahora bien, por mandato constitucional "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar", así como todas las materias concernientes a los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, corresponden a la ley orgánica del presupuesto (artículo 352 C. N. [sic]), la cual según el artículo 151 C. N. [sic] requiere para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

El proyecto en cuanto que es un estatuto general de contratación, necesariamente tiene que referirse a la capacidad o competencia de las entidades estatales para contratar. De igual manera, el cabal mantenimiento del equilibrio económico y financiero exige que se establezcan algunas disposiciones de naturaleza presupuestal. Pues bien, uno y otro evento se encuentran contemplados en el proyecto, en particular en los artículos 11 y 25, numerales 12 y 13, razón por la cual tendrán que tramitarse con la mayoría absoluta exigida por el citado artículo 151 de la Constitución Política.

V. DISPOSICIONES GENERALES

<DISPOSICIONES GENERALES>. La agilidad, la libertad, la transparencia, la autonomía, son principios de imperioso desarrollo. Por oposición, el excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones, condiciones sine qua non para estar a tono con las

tendencias imperantes de eficiencia, calidad, eficacia e internacionalización recogidas en nuestra Carta Política.

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 sistematizado 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. Solo 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.

Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividad u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

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, 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" (artículo 2º.).

2. Finalidad de la contratación estatal.

Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas.

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 del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.

Tales circunstancias fundamentan la ampliación del campo de aplicación del artículo 2º. a cualquier persona jurídica en la que el Estado tenga participación mayoritaria. Esta posibilidad en manera alguna afectará la agilidad administrativa, toda vez que, como se adujo, se fundamenta la celebración de los contratos estatales en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como su máxima rectora, recogiendo así los principios y postulados consagrados en el derecho privado.

Como se indicó la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de finalidades de interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado. Los servidores públicos, al celebrar y ejecutar un contrato deben tener siempre presente esa finalidad. Extrañas a esa intención resultan las motivaciones de índole personal, político o de cualquiera otra condición que conduzcan a desdibujar las muy claras razones que determinan la contratación del Estado. Aun cuando los organismos del Estado ejecuten actividades industriales y comerciales a semejanza de los particulares, la finalidad de interés público no puede ser ajena a ellos.

Las razones de conveniencia social que sustentan ya sea de manera directa o inmediata o bien en forma indirecta y mediata la celebración de un contrato tampoco pueden ser extrañas al particular que contrata con el Estado. Por el contrario, su adecuado entendimiento contribuye al cabal y eficiente desarrollo y ejecución del contrato, constituyéndose en verdadero pilar y soporte de decisiones y acciones que deben tomarse y ejecutarse en procura de evitar perjuicios que afecten los intereses colectivos. Por eso, un papel de colaboración compete asumir en todo momento al contratista.

Con razón el numeral 2 del artículo 5º. establece que los contratistas "colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contractual se cumpla y que éste sea de la mejor calidad".

Unida a esa finalidad, es clara la intención lucrativa que orienta la participación del particular y la cual tampoco puede ser desconocida ni afectada por el Estado. La adecuada comprensión de la finalidad de la contratación estatal garantiza la posibilidad de alcanzar los propósitos que se tuvieron a la vista al tiempo de iniciar el proceso de la contratación. Esta razón justifica la consagración explícita que de esa finalidad contempla el artículo 31 del proyecto, la que se constituye, sin duda alguna, en la esencia de los derechos y deberes a cargo de cada una de las partes contratantes.

La mayoría de las decisiones que la administración adopta, como excepcionales al derecho común, aluden en algún sentido al concepto de servicio público. Por ese motivo el proyecto en el artículo 2º. pretende definir para los únicos fines de la materia contractual qué debe entenderse por él. Se trata de una noción no limitativa sino por el contrario enunciativa de los elementos y condiciones que tienen importancia jurídica en el asunto que nos ocupa y que han sido tradicionalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina.

3. Autonomía de la voluntad. Normatividad del acuerdo.

Para nadie resulta extraño la identificación que suele hacerse de la administración pública con la

ineficiencia e ineficacia y los impedimentos que impone a la actividad de los particulares. El exceso de trámites y la abundancia de procedimientos han coadyuvado a fomentar tan desafortunada imagen. A pesar de que por esencia los contratos, entendidos como reguladores de un gran número de relaciones sociales, deberían caracterizarse por la agilidad, la normatividad imperante, fundamentalmente el decreto 222 de 1983, ha ocasionado el resultado antagónico.

Esa concepción fundada en la desconfianza respecto del contratista y del propio servidor público, condujo a desnaturalizar la concepción jurídica del contrato. La sola lectura de algunos comentarios que el exministro Luis Fernando Jaramillo Correa hiciera en un foro sobre contratación administrativa de obra pública, explica los efectos negativos de los excesivos e innumerables trámites y requisitos previstos en dicho estatuto.

Refiriéndose a los controles tales como los atribuidos al Consejo de Ministros y al Consejo de Estado, el exministro Jaramillo pone de presente como, además de innecesarios, obstaculizan enormemente la gestión de la administración. "Estos pasos y controles, tan solo dilatan el proceso a un punto tal, que la materia de telecomunicaciones donde se requiere crédito externo o crédito de proveedores, el tiempo promedio entre la apertura de la licitación y la iniciación de las obras fluctúa entre tres y cuatro años lo que, por otra parte, no solo incide en los costos del contrato sino en las apropiaciones que, en todo caso, van a resultar insuficientes. Son muchos los casos donde el costo del contrato al momento de su iniciación supera en 50, 60 o 100% al valor presupuestado, con las consecuencias obvias de que el presupuesto se ve afectado, dando lugar a adiciones presupuestases y a otra tramitación que debe ajustarse al decreto 294 de 1973, que es otro galimatías parecido al decreto 222 de 1983" --.

En idéntico sentido en el Plan de Desarrollo Económico y Social 1990-1994, se resalta que en muchos casos aun existiendo disponibilidad presupuestal, el proceso licitario (SIC), el pago y la liquidación pueden demorar tres (3) años, así la ejecución de la obra dure un año--.

El proyecto ley a que se viene aludiendo busca, entonces, devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias. Para lograrlo necesariamente se tiene que partir de las dos premisas a las cuales ya se ha hecho referencia y que servirán de marco frente a cualquier legislación ulterior. Se trata como ya se ha indicado, del postulado de la autonomía de la voluntad y del interés público que encierra la negociación estatal.

"El refinamiento de la cultura jurídica, logrado a través de largos períodos, casi siempre seculares, lentamente va reivindicando los fueros de la autonomía privada e imponiéndola como institución natural que es en la vida social" --.

El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.

En particular esta remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de los actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en ineludibles normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos.

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes" establece el artículo 1602

del Código Civil, en el cual se plasma el poder vinculante del acuerdo contractual. De ese principio se desprende la invocación genérica que se hace de las normas comerciales y civiles en sus distintas manifestaciones, es decir, en primer término de las normas imperativas, que contienen disposiciones de orden público, y en segundo lugar de las normas supletivas cuyo propósito es regular las actividades cuando los contratantes no han determinado las reglas a las que se someterán o lo han realizado de manera defectuosa o insuficiente.

La libertad que se confiere a las partes para que gobiernen sus relaciones se complementan con la consagración de la consensualidad del acuerdo de voluntades. 0 sea, la confluencia de las manifestaciones de la voluntad de cada contratante respecto de los aspectos esenciales del contrato, produce sin necesidad de requisito adicional, el nacimiento a la vida jurídica del contrato y por ende el surgimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

Resulta pertinente reiterar que la libertad contractual que se ha predicado no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público en cuanto que el contrato contendrá cláusulas excepcionales al derecho común; se encuentra limitada también respecto de la escogencia del contratante ya que la administración pública no goza de plena libertad para elegirlo, salvo algunos eventos, en razón del proceso de selección que debe cumplirse. También se presentan límites que tienen que ver con la forma en que el Estado compromete su voluntad, es decir, referentes a la competencia. De lo señalado se puede concluir que el postulado de la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo que los fundamentan. Son esos límites precisamente los que exigen la normatividad contenida en el proyecto de ley.

Dentro de ese marco que se impone, el cual no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las partes, el acuerdo de los contratistas es una verdadera ley, tal como lo han sostenido tratadistas tales como JORGE ESCOLA, para quien "la doctrina está acorde en aceptar que en el régimen contractual administrativo el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes, es decir, la administración pública y el contratista particular, deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones que le otorgan una nueva dinámica, como ocurre, por ejemplo, en la inmutabilidad de los términos contractuales, que si es estricta en el derecho privado, es solo relativa en la órbita de los contratos administrativos".

Por eso ha podido sostener MARIENHOFF que si el contrato administrativo no es la ley inmutable de las partes, tal como ocurre en el derecho privado, sigue siendo, no obstante, la ley de las partes, de suerte que si ese carácter administrativo del contrato requiere que este se ajuste a determinados criterios que son compatibles con su índole, "en modo alguno podrá desnaturalizar el objeto o contenido del acuerdo, transformado tal objeto o contenido en algo distinto a lo previsto y querido por los contratantes" --.

En igual sentido el Consejo de Estado sostuvo que "nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es una ley para las partes (artículo 1602 C. C.), así lo es el administrativo..." --.

De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descanse sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás

cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa.

4. Consensualidad. Formalidad de los contratos.

Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato "solemne". A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia.

5. Contratos estatales.

Ha quedado esbozada con lo expuesto la filosofía que informará a los contratos que celebra el Estado. En ella resulta clara la intención de despojar del contrato toda consideración que le es ajena y que, además, impida su realización y dinámica.

Empero, el ser una de las partes contratantes un organismo estatal no puede ser indiferente. Por ello en tal caso siempre pueden identificarse unos elementos comunes. Ellos son en primer lugar la incuestionable relación que con el interés público apareja la celebración de un contrato bajo tales circunstancias; en segundo lugar los recursos de naturaleza pública que se comprometen con su celebración cuando participa una entidad estatal o un órgano con participación mayoritaria del Estado; y en tercer lugar la presencia de la esencia fundamental que caracteriza a todo contrato, vale decir, el acuerdo de las partes que lo fundamentan.

Las realidades anteriormente enumeradas conducen a dos conclusiones: la primera consiste en la integración que bajo la denominación de "contratos estatales" se hace de todos los contratos que celebran los organismos y entidades públicos y la segunda se refiere a la aplicación de cláusulas o estipulaciones excepcionales al derecho común (artículos 32 a 37 <32, 33, 34, 35, 36, 37> y 14 a 19 <14, 15, 16, 17, 18, 19>).

a) Hacia una única categoría contractual.Si bien la doctrina y la jurisprudencia fueron prolijas en la sustentación de criterios diferenciadores del "contrato administrativo" de la administración, la realidad ha mostrado enorme dificultad cuando se ha pretendido hacer la distinción.

El propio 222 de 1983 no adoptó un solo criterio. Por el contrario, acogió varios criterios y quizá contradictorios. En efecto, su artículo primero al preceptuar que son administrativos los contratos que celebren la Nación y los establecimientos públicos, adopta un criterio orgánico. El mismo artículo indica que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en tanto celebren los contratos de empréstito y de obras públicas se les aplican

las disposiciones del mencionado decreto, es decir, son contratos administrativos. Con esta inclusión sigue un criterio legal.

Como si lo anterior no fuera poco [sic], el propio estatuto estableció la obligatoriedad de la cláusula de caducidad para los contratos distintos del de compraventa de bienes muebles, del de donación y del de empréstito. Con ello la diferencia anunciada prácticamente se vuelve inexistente. Aún más, el artículo 34 del decreto 3130 de 1968 confirió facultad para incluir a discreción la cláusula de caducidad en los contratos llamados de derecho privado de la administración, con lo cual se altera la naturaleza del contrato. Entonces se agrega un criterio marcadamente subjetivo.

De modo que puede sostenerse que el criterio diferenciador que el propio legislador ha escogido es multiforme, ya que, según la persona que lo celebra, a veces en razón del propio contrato, o de la cláusula de caducidad y otras según la voluntad del servidor público de turno, el contrato será administrativo o de derecho privado de la administración.

De lo anterior se puede concluir que, por lo menos entre nosotros, la distinción entre las dos categorías contractuales no ha sido clara. Por el contrario, es motivo de permanente discusión y propiciadora de no pocos conflictos en razón de las consecuencias que la propia ley hace derivar en uno y otro evento. Ahora bien, si a todo ello agregamos la relación indudablemente existente, entre el contrato que celebra el Estado y el interés público, tendremos que concluir que todos los contratos que celebren los órganos del Estado se pueden agrupar en una única categoría: los contratos estatales, regulados y regidos, como se anotó, por la autonomía de la voluntad como principio rector y por las normas que tutelan el interés colectivo.

b) Cláusulas excepcionales al derecho común.

No obstante, ser el contrato estatal "un verdadero contrato, y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles" --, la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica "determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles" --.

Entonces, los muy especiales fines que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan de alguna manera su actuar contractual. El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales.

Sigue siendo el acuerdo voluntario de las partes la ley reguladora máxima: las estipulaciones hechas en los contratos deben obligar por igual a la administración pública como al particular contratista. Pero "la diferencia entre unos y otros, en este aspecto, reside en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada" --.

En acatamiento a esa postura el artículo 14 consagra los casos en que se prescindirá de la

estipulación de las cláusulas excepcionales. Merece destacarse entre tales eventos que no se incluirán tales cláusulas "en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las actividades estatales que no correspondan a los señalados en el inciso segundo del presente numeral, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas". Se trata, entonces, de aquellos contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública. Si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, estas no constituyen funciones estatales strictu sensu. Los fines "específicos" del Estado no son civiles, comerciales o industriales, científicos o tecnológicos; estos últimos constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente implican o representan actividades propias de los particulares. Pues bien, no se incluirán las cláusulas excepcionales al derecho común en los contratos relacionados con las actividades civiles, comerciales o industriales del Estado, tales como la mayoría de los contratos regulados por el Código Civil o Código de Comercio (comodato, transporte, cuenta corriente, corretaje, etc.).

La caducidad (artículo 18). Básicamente en este punto no hay diferencia con el decreto 222 de 1983. Sigue considerándose una cláusula de estipulación forzosa en los contratos estatales, salvo respecto de los contemplados en el numeral 2 del artículo 14 (actividades industriales o comerciales, de investigación científica o tecnológica y los celebrados con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, y en los convenios interadministrativos, de empréstito, donación y arrendamiento).

A través de la cláusula de caducidad la administración adquiere la potestad de terminar unilateralmente un contrato estatal cuando se presenten "alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización". Son inobservancias de los deberes contractuales que son imputables al contratista o que están vinculados a acciones u omisiones que se le puedan imputar a título de dolo o de culpa.

Especial circunstancia que da lugar a la aplicación de la caducidad, es la contenida en el numeral 5 del artículo 51. Su consagración se fundamenta en la preservación del orden público y en la defensa del Estado de derecho de aquellas actividades criminales y terroristas que tanto mal le han causado al país.

Es esta la diferencia fundamental con la terminación unilateral a que alude el artículo 17. Mediante ambas figuras se termina unilateralmente el contrato, solo que la caducidad es una sanción por hechos imputables al contratista.

<Concordancias> cláusulas excepcionales al derecho común. Terminación, modificación e interpretación unilaterales (artículos 15, 16 y 17).

Cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, la administración pública con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular podrá tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio. Esas medidas son la modificación e interpretación unilateral del contrato.

De igual manera, cuando la conveniencia pública lo exija o cuando se presente alguna de las causales contempladas en el artículo 16 del proyecto, las cuales se refieren a circunstancias que se predican de la persona del contratista en cuanto que de alguna manera afectaran la eficaz y oportuna ejecución del contrato, la administración dispondrá la terminación unilateral del

contrato.

Cada una de estas prerrogativas significa exactamente lo que su nombre indica. Las circunstancias que las producen deben ser excepcionales o las previstas en la propia ley; los motivos deben ser graves ya que no cualquier hecho puede provocarlos; y además los motivos graves lo son por su inconveniencia para el interés público (artículos 15, 16 y 17).

El grave inconveniente para el interés público que sustenta y condiciona la aplicación de la cláusula excepcional, encuentra en el reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tendrán derecho las personas objeto de tales medidas, la contraprestación necesaria para mantener la igualdad contractual.

No resultaría equitativo que la aplicación de una medida de esa naturaleza, se convierta en causa de enriquecimiento en beneficio del Estado. Además, de la garantía comentada referente al mantenimiento de la ecuación o equilibrio contractual, la administración al decidirse por uno de estos mecanismos, debe hacerlo a través de un acto administrativo suficientemente motivado. Solo así se podrán exigir las responsabilidades que la propia ley contempla para el efecto.

También se incluye como cláusula excepcional la conocida como reversión (artículo 19). Por virtud de ella, a la terminación de los contratos de explotación de bienes estatales, todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado.

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados. Por ello, se establece que la administración estará obligada a la indemnización, cuando al finalizar el contrato la amortización no ha sido alcanzada por hechos no imputables al contratista.

En tratándose de la reversión sin compensación la aplicación de la cláusula debe estar antecedida por una interpretación que armonice tanto el interés público como el derecho de dominio del particular. Por tanto, se considera que la reversión "comprenderá, exclusivamente los bienes necesarios para la prestación del servicio público, en tanto esa ejecución lo exija, y, en caso de duda sobre ese extremo concreto, sobre esa determinada situación de hecho, la interpretación deberá ser siempre en favor del concesionario, es decir, en favor de su derecho de propiedad, que no habrá de perder, sin ser adecuadamente indemnizado" --.

6. Clasificación de los contratos estatales.

Sin duda una de las manifestaciones más importantes del postulado de la autonomía de la voluntad radica en la posibilidad que se confiere a las partes contratantes de regular sus relaciones, consultando su mejor conveniencia, a través de una serie de contratos cuyas estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados, los cuales han sido llamados por la doctrina y la jurisprudencia como contratos innominados o atípicos.

También como consecuencia del dinamismo que caracteriza a las relaciones sociales, no es factible en un determinado momento encasillar legalmente todas las formas que las manifestaciones de la voluntad van adquiriendo, de acuerdo con las nuevas circunstancias que con el transcurso del tiempo se presentan.

Con razón la Corte Suprema de Justicia en casación del 31 de mayo de 1938 sostuvo que "bajo nuestro régimen jurídico la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que él obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos" --.

Ahora bien, tan evidente realidad no es ajena al derecho público y en particular a la contratación estatal. A excepción de muy contados autores, la gran mayoría de tratadistas acepta la existencia de contratos "administrativos" innominados o atípicos. Según RIVERO, "Fuera de esos contratos que corresponden a un tipo determinado, como los contratos especiales del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas; son los contratos innominados de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general" --. En similar sentido ESCOLA sostiene: "Es cierto que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no puede celebrar sino esos contratos, y solamente esos. Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales" --.

Pues bien, estas circunstancias están plenamente reconocidas en el proyecto en sus artículos 32 y 34. Consecuencia de ello es que el proyecto de ley, caracterizado por su vocación de permanencia, no se circunscribe a registrar y a definir taxativamente todos los contratos que hoy existen. El dinamismo contractual excluye tal posibilidad debido al riesgo de que los actos jurídicos que en el futuro se presenten al amparo de nuevas realidades, hoy indeterminadas, queden sin regulación. Este tipo de contratos, bajo la filosofía que inspira al proyecto, también estarán sujetos a los principios y reglas en él contenidas.

El artículo 32 igualmente establece que son contratos estatales los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición. Corresponden ellos a los llamados contratos nominados o típicos.

La definición que se hace de algunos contratos radica en el hecho de que son contratos que en la actualidad resultan ser de frecuente utilización y que no se encuentran reglamentados en otras disposiciones. Se trata, como se indicó, de un listado meramente enunciativo, pues, no son ellos los únicos contratos que las entidades estatales pueden celebrar, ya que, también pueden pactar los que se encuentran definidos en otras normas y además todos aquellos acuerdos que encuadran dentro de la noción del contrato, en cuanto que es un acuerdo de voluntades que se orienta a producir obligaciones.

La remisión a las normas del derecho común, hace innecesaria la definición de los contratos que como los de compraventa, suministro, transporte, arrendamiento, etc., están claramente reglados y cuya concepción es el fruto de una larga tradición jurídica. Como se ha indicado aquellos aspectos que por pertenecer al ámbito público son recogidos en el proyecto, excepcionan la aplicabilidad de las normas privadas en materia de contratación estatal.

7. Derechos y deberes de las partes contractuales.

La creación de las obligaciones se constituye en la diferencia específica del contrato respecto del género denominado acto jurídico, cuyo objeto también puede enderezarse a la modificación o

extinción de efectos jurídicos. Por naturaleza los contratos estatales son bilaterales, onerosos y conmutativos. Es decir, que generando obligaciones para las partes contratantes reportan utilidad para ellas y con contenido y extensión que se toman como equivalentes. Claro está que pueden darse contratos gratuitos como la donación, etc.; pero por regla general poseen las características señaladas.

Emanación directa de la normatividad de los actos jurídicos es el principio de la buena fe, por virtud del cual los contratos deben ejecutarse de acuerdo con lo convenido y teniendo presente lo que por su naturaleza les pertenece. 0 sea que las partes tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado y el deber jurídico de cumplirlas de buena fe. Es sin duda el principal deber que corresponde a los contratantes. Sin embargo, además de la ejecución de las prestaciones específicas que del contrato emanan, se predican una serie de deberes y derechos que orientarán la ejecución de todo contrato estatal, los cuales se fundamentan de un lado en los fines estatales que desarrolla el contrato y en el interés de alcanzar una utilidad económica con ocasión de la celebración del negocio por parte del contratista, por el otro. A estos deberes y derechos el proyecto les da particular importancia por cuanto se levantan como guía en el desarrollo del contrato (artículos 40 y 51).

a) Derechos y prerrogativas de las entidades estatales.Los derechos y prerrogativas de una parte se constituyen a la vez en los deberes de la otra parte. Sin embargo, resulta menester anotar que las prerrogativas de la administración se encuentran ínsitas en el contrato estatal, sin que sea pertinente que cláusula alguna se lo atribuya expresamente.

Así es indiscutible la presencia de la potestad de "control" y de "dirección". En ejercicio de ella se adoptarán todas las medidas necesarias y conducentes a lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras reguladas. Para el efecto, deberán tomarse las medidas correctivas del caso y se "acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a sucederse". También "tendrán derecho a solicitar la actualización y la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico y financiero del contrato".

No es suficiente conferir a la administración prerrogativas de control y dirección, si ellas no van acompañadas de un poder coercitivo cuyo fin básico es constreñir al contratista al más adecuado cumplimiento de sus obligaciones; para el efecto "adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar"; "adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufra en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado" y "repetirán contra los servidores públicos, el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que se deban pagar como consecuencia de la actividad contractual".

b) Derechos y deberes del contratista.

Tal como lo señala BERCAITZ -- en todo contrato estatal se pueden identificar dos tipos de cláusulas. Referentes a la prestación del servicio o ejecución de la obra, etc., las primeras, y referentes a intereses económicos del particular las segundas. Esta distinción resulta de particular importancia en tratándose de las prerrogativas del Estado contratante. Mientras que las primeras no poseen toda la fuerza normativa que lleve a inferirles el carácter de inmutables, no obstante el poder vinculante del acuerdo voluntario, las relativas a los intereses económicos sí participan de esa característica, es decir, son inmutables. 0 sea que la potestad administrativa de mutabilidad,

fundada en el interés público, no es eficaz cuando atañe al precio del contrato, el que no puede ser alterado sino por acuerdo de las partes.

Si bien el rol del particular cuando celebra un contrato estatal es el de colaborador, también es incuestionable su deseo de alcanzar una utilidad económica. Utilidad que debe preservarse y garantizarse en todo momento.

Por eso, el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene el derecho a ser restablecido en su interés económico. Precisamente el cabal reconocimiento de esa posibilidad se ha denominado el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.

Pues bien, el proyecto de ley recoge y consagra en forma expresa ese derecho fundamental e inviolable del contratista (artículo 50, numeral l; artículo 27). No obstante, [sic] este último precepto garantiza el derecho a la intangibilidad de la ecuación contractual respecto de las partes, merece atención especial en lo tocante al contratista particular, quien tradicional y habitualmente se ha visto afectado por este tipo de situaciones.

La doctrina no es uniforme cuando se trata de fundamentar la razón de la salvaguardia de la ecuación económica. Unos la fundamentan en la inviolabilidad de la propiedad, otros en el bien común; para algunos la causa se encuentra en la igualdad ante las cargas públicas; en el equilibrio del patrimonio dañado por otros y en la equidad algunos más. Sin importar la tesis que se adopte, lo que resulta innegable es la uniformidad de la doctrina y también de la jurisprudencia en cuanto al respeto del equilibrio económico financiero. Entonces, constituye un gran avance la consagración legal expresa de este derecho.

El precitado artículo 5º., en su numeral 1, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación económica alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras.

La responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal; el ejercicio de cualquiera de las potestades o derecho de que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera "alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante" --, se erigen en los móviles que pueden agruparse dentro de la primera de las causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto, conviene precisar que la última de las circunstancias delineadas corresponde a lo que doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el "hecho del príncipe".

Los motivos propiciadores de la restauración del equilibrio financiero que amparan la segunda hipótesis, es decir, la "ocurrencia de situaciones imprevistas" que no sean imputables al contratista, se enmarcan dentro de la "teoría de la imprevisión". Se trata, pues, de situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles, que siendo posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación contractual en forma notoria pero que no imposibilitan su ejecución. De modo que también tendría que de ellas predicarse su temporalidad o transitoriedad.

Así pues, el acaecimiento de cualquiera de las circunstancias descritas confieren al contratista el derecho a recibir la remuneración pactada y a que esta permanezca intangible durante la vida contractual. La intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como

la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios. Todos ellos de aplicación directa por parte de la propia administración pública.

En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas. Ahora bien, ante la ausencia de dicha estipulación, se dispone que la tasa de interés moratoria será la del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equitativa en la medida en que, de una parte, se preserva el poder adquisitivo de las sumas adecuadas al contratista a través de los mecanismos de indexación (SIC) o de ajuste a valor presente y, de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional al que corresponde al costo de oportunidad propiamente tal, con lo cual se reconoce el carácter sancionatorio de los intereses de mora, pero sin que ello implique una carga excesivamente onerosa para la entidad y correlativamente un factor de enriquecimiento para el contratista.

Cabe anotar que esta fórmula se encuentra dentro de los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha reconocido en varios casos la actualización del valor histórico de las respectivas sumas y el pago de un interés equivalente al 6% (rendimiento puro) sobre dicho valor histórico --, pero se aparta de dicha posición jurisprudencial en cuanto que, de una parte, se establece que los intereses deben liquidarse sobre el valor monetariamente actualizado en cuanto que resulta más equitativo frente a la realidad económica y, de otra, se fija como tasa moratoria supletiva el doble del interés legal o "rendimiento puro" (12%) para imprimirle así el carácter sancionatorio propio de los intereses de mora pero sin llegar, como se anotó, al extremo de imponer una carga excesivamente onerosa para las entidades que se traduciría en un enriquecimiento para los contratistas.

Conviene agregar sobre este aspecto que el reconocimiento de intereses moratorios en la forma indicada no resulta en modo alguno incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tienen plena operancia, lo cual confirma el sentido equitativo de la fórmula adoptada, pues como se sostuvo en un reciente e importante laudo arbitral: "Este reconocimiento por concepto de costo de oportunidad, no podrá ser superior al valor del interés legal establecido por el Código Civil ... porque habiéndose efectuado la actualización monetaria ... reconocer cualquier otra forma de intereses, sean ellos bancarios o corrientes, sería actualizar doblemente el valor del dinero, pues tales tasas de interés involucran tanto el concepto de actualización como el de rendimiento puro ... " --.

El restablecimiento del equilibrio financiero directamente por la administración exige un mecanismo idóneo que garantice su cabal realización. Por ello, el numeral 13 del artículo 25 del proyecto dispone que en los presupuestos anuales las entidades incluirán una apropiación global destinada a cubrir los costos que se consumen con motivo de tal restablecimiento, permitiendo según lo preceptúa el artículo 27, que sean las partes las que adopten y consecuentemente suscriban los acuerdos y pactos a que haya lugar sobre cuantía, condiciones y forma de pago de los montos a reconocer.

Sin duda alguna, se trata de un instrumento de suma importancia, el cual contribuirá a la celeridad y agilidad contractual y a evitar las inmensas condenas que en contra de la Nación se profieren frecuentemente por tales circunstancias.

También el proyecto establece que es deber del contratante colaborar con la entidad en todo aquello que se encamine a que el objeto señalado en el contrato se cumpla, evitando las dilaciones y entrabamientos y ejecutando el contrato en acatamiento de los principios de buena fe y de lealtad (artículo 5º., numeral 2).

8. Competencia y capacidad para contratar.

La celebración de cualquier género contractual exige como requisito de validez la necesaria aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos. Esa aptitud cuando se predica de un ente estatal se denomina "competencia", en tanto que se denominará "capacidad" cuando alude al particular.

a) Capacidad de los contratistas.El articulo 61 del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por lo tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. Es decir, podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quienes la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismas y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción.

Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6º. confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 70.

Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario, debe reconocérsela. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y a los consorcios.

b) Inhabilidades e incompatibilidades.

El proyecto de ley en sus artículos 8º., 9º y 10 contiene disposiciones especiales atinentes a la capacidad para celebrar contratos estatales. Se denominan inhabilidades e incompatibilidades, las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar.

Como se indicó, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos del decreto 222 de 1983, divide estas circunstancias en aquellas que dan lugar a inhabilidad para contratar y las que originan incompatibilidad. Las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier otro tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predican respecto a la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo igualmente señalado en razón a vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco, vínculos de afecto o de interés.

Conviene destacar cómo el proyecto circunscribe la incompatibilidad respecto de los servicios públicos a quienes desempeñan funciones en los niveles directivos, asesor y ejecutivo, excluyendo, por tanto, la incompatibilidad respecto de quienes ocuparon un cargo en un nivel ocupacional distinto a los mencionados. Se justifica la disposición debido a la total carencia de facultad decisoria de estos últimos servidores.

También el proyecto establece que se encuentran incursos en causal de incompatibilidad los miembros de las juntas o consejos directivos respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y a las del sector administrativo al que ella está adscrita o vinculada.

Finalmente se regula el tema de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, con lo cual se llena el vacío legal actualmente existente.

c) Competencia de las entidades estatales para contratar.

Cuando se alude a la capacidad de los entes de derecho público para la celebración de contratos, se debe partir de la propia Carta Política, que contiene una serie de principios orientadores. En efecto, el artículo 150 referente a la competencia del Congreso para hacer las leyes, preceptúa en su numeral 9.

"... Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones ... :

"9. Conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negocios, empréstitos y enajenar bienes nacionales. El gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones".

El numeral 14 del referido artículo reza así:

"14. Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional hubiere celebrado el presidente de la república, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa".

El artículo 189 de la Carta, contentivo de las atribuciones que "corresponden al presidente de la república como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa" en su numeral 23 indica:

"23. Celebrar los contratos que le corresponden con sujeción a la Constitución y a la ley".

De las normas transcritas emerge con claridad meridiana la competencia general que la Constitución le ha conferido al presidente de la república para celebrar contratos a nombre de la Nación. No obstante respecto de ciertos contratos se exija algún pronunciamiento del Congreso, ya sea a manera de autorización previa, o en forma de aprobación posterior, lo que no afecta la cláusula general de competencia.

Respetando ese lineamiento trazado por la propia Carta Política, según el cual el Presidente representa a la Nación en la celebración de contratos, los artículos 20 y 11 del proyecto de ley regulan la competencia de las entidades estatales para celebrar contratos, cuando preceptúan que tienen capacidad para contratar, no a nombre de la Nación, pues como se indicó ello compete al presidente de la república, "los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes y los jefes de unidades administrativas especiales". Empero, la disposición es más amplia cuando en el numeral tres se reconoce capacidad para

contratar a otros servidores públicos que dadas sus funciones dentro de la pirámide jerárquica de las diferentes ramas del poder público, es menester conferirles tal atribución en procura de la agilidad, la celeridad y la eficacia en el desarrollo de sus atribuciones.

Se evita así la parálisis y los entrabamientos que hoy se ocasionan como consecuencia de no permitirse siquiera la contratación de los elementos mínimos para su funcionamiento, lo que provoca que deba recurriese a otras esferas administrativas para proveerse de esos bienes o servicios. Con la norma, pues, se subsana esa situación que de todas formas consulta los principios rectores de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Carta.

Los servidores públicos que en desarrollo de lo expuesto tienen competencia para contratar en representación de las entidades a las cuales pertenecen son el presidente del Senado de la República, el presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus consejos seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

A nivel territorial tendrán la misma competencia los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales. También la tendrán los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas y los territorios indígenas.

En este punto, es decir, en relación con el sujeto público que contrata se presenta un cambio con la legislación vigente.

En efecto, el estatuto no se refiere a personas y por tanto no parte del supuesto de que los entes públicos contratantes son exclusivamente la Nación colombiana y las entidades descentralizadas, dotadas todas ellas por definición de personería jurídica.

El proyecto respecto de la competencia para contratar alude a entidades estatales, sin que sean identificadas a la noción de personalidad jurídica. Lo anterior significa que al referirse a la competencia y, por tanto, a los sujetos del contrato, no se "hable solamente de personas como ocurría en el pasado, sino por lo que hace al sector oficial de la contratación, a la parte pública del contrato, el extremo público del contrato hablamos de entidades públicas y al hablar de entidades públicas no es necesario que ellas tengan personería jurídica" --.

9. Preferencia de las ofertas nacionales.

La meticulosa y amplia protección a la industria y al trabajo nacionales contemplada a partir del artículo 268 del decreto 222 de 1983, se encuentra plenamente justificada dentro del marco proteccionista que orientó la actividad económica por varios lustros. Sin embargo, la apertura de la economía necesariamente tiene que afectar el esquema tradicional de forma tal que se alcance verdadera uniformidad y eficacia en la política económica.

Para lograrlo, si bien debe protegerse a los oferentes y bienes y servicios de origen nacional, su contenido tendrá que adecuarse a las exigencias de una política de apertura. En este sentido, el proyecto en su artículo 21 consagra un sano criterio de libre competencia entre los oferentes nacionales y extranjeros, favoreciendo siempre la opción que mejor convenga al interés público, pero prefiriendo la oferta de bienes y servicios de origen nacional cuando las condiciones para contratar resulten iguales. Es decir que se apoya a la industria, a la ingeniería y a la consultoría nacionales dentro de un marco de libre competitividad.

Ahora bien, no solo la protección y la preferencia de las ofertas nacionales se obtiene cuando se presente igualdad en las condiciones para contratar, sino que también se alcanza, como lo preceptúa el primer inciso del citado artículo, a través de la proscripción en cuanto atañe a la exigencia de todos aquellos requisitos y condiciones que no se impongan a los oferentes de origen extranjero.

Así mismo, la filosofía que informa tal norma se cumple al establecer en forma imprevista el deber de analizar la conveniencia de efectuar la desagregación tecnológica y de realizar pluralidad de procedimientos de selección reglada cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión.

Por último, el artículo 22 precisa que será el gobierno nacional el que determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional.

10. Registro de proponentes.

Con el propósito de unificar procedimientos y simplificar trámites, el proyecto en su artículo 22 establece que quienes aspiren a celebrar contratos con entidades estatales, se inscribirán en un único registro de proponentes que será llevado por las cámaras de comercio. Se busca con tal medida subsanar las consecuencias que se derivan de la variedad hoy imperante en cuanto concierne al registro.

Las cámaras de comercio han demostrado ser entes preparados y eficientes que, por tanto, garantizan la bondad y beneficios de la disposición. Si bien el registro de proponentes ha constituido por regla general un requisito previo para la contratación, el proyecto lo exige únicamente respecto de contratos de obra, consultoría, compraventa y suministro de bienes muebles y prestación de servicios.

En el registro constarán todos aquellos aspectos que se consideren indispensables para el cabal conocimiento por parte de la administración pública de su eventual contratante. Por ello, se prevé que en él se inscriban, entre otras circunstancias, lo relativo a la existencia y representación del contratista, los hechos que permitan establecer un adecuado conocimiento acerca de sus condiciones de idoneidad moral, técnica y financiera, así como toda aquella información que resulte útil al proceso de selección (contratos ejecutados, cuantía, plazo, sanciones impuestas y término de duración).

Con base en la información suministrada, las cámaras de comercio clasificarán a los proponentes de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos. Para efectos del registro y la clasificación y con el propósito de mantener la igualdad de oportunidades y de preservar la economía, el proyecto dispone que se establecerá un formulario único y se determinarán los documentos estrictamente indispensables que se deberán exigir.

Como consecuencia de lo anotado, la información contenida en el registro deberá ser lo más completa posible respecto del futuro contratista, en orden a que la calificación de la persona inscrita se realice únicamente con base en los datos e informaciones que consten en la certificación que expida la cámara de comercio. Corresponderá a cada entidad en cada caso particular de licitación o concurso proceder a la calificación de las propuestas. Tal calificación resultará de la comparación de las mismas con los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales deben definirse no solo reglas objetivas, justas y claras, sino que también se deben indicar "los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección". De este modo la entidad calificadora seleccionará los

proponentes que cumplan los requisitos mínimos de naturaleza objetiva necesarios para participar en la licitación o concurso y entre ellos evaluará las propuestas de acuerdo con los criterios de selección y su correspondiente ponderación, igualmente definidas en forma clara y precisa en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Con la fórmula adoptada se evita uno de los focos de mayor corrupción que en materia de contratación se presenta. En efecto, la calificación general y previa al proceso de selección que de los proponentes se hace no ha producido consecuencias positivas para la rectitud de la selección. Por ello, se prevé la calificación particular para cada licitación o concurso.

El alcance conferido al registro por la disposición comentada proporcionará, sin duda, mayor agilidad, organización y veracidad en los procedimientos, lo que refuerza el propósito general del proyecto en cuanto busca convertirse en un estatuto que garantice la diáfana, eficaz, responsable y oportuna gestión de la administración pública.

VI. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACION ESTATAL.

<PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACION ESTATAL>. El nuevo estatuto contractual, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual la función administrativa debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, se estructura sobre principios generales a los cuales deben sujetarse las entidades públicas y los contratistas en su actuar contractual.

En este orden de ideas, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que explicaremos a continuación constituyen una especie de tabla de la ley que deben asimilar los usuarios de la contratación, y que a su vez están concebidos como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales.

1. Principio de transparencia.

El artículo 24 del proyecto contempla el principio de transparencia en virtud del cual se garantiza en primer lugar la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas aun en los casos de contratación directa o urgente.

También se prevé que los interesados pueden ejercer el derecho de contradicción en los procesos contractuales, y por ello se dispone que las actuaciones de las autoridades sean públicas, permitiendo el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el acto de adjudicación de una licitación puede tener lugar en audiencia pública.

De otra parte, se prevé que en los pliegos de condiciones se definan reglas de juego claras y completas que sin duda conducirán a una selección objetiva y a la consecuente confección de ofrecimientos que se ajusten a los requerimientos de los entes públicos, evitando así que la entidad se vea abocada a declarar desiertos los procesos de selección.

Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública.

2. Principio de economía.

En desarrollo de este principio consagrado en el artículo 25, el administrador deberá tener presente que los requisitos y condiciones establecidos por los procedimientos en las diversas etapas contractuales se deben interpretar de manera tal que no hay lugar a crear trámites o requisitos distintos de los expresamente contemplados.

Se hace énfasis en que los trámites contractuales deben adelantarse con austeridad de medios, tiempo y gastos, impidiendo las dilaciones que retarden la ejecución de la obra o servicio o que perjudiquen los intereses del Estado o del contratista.

Para el cumplimiento del mismo principio de economía se suprimen gran cantidad de revisiones y autorizaciones, respecto de los cuales se hicieron en su oportunidad los correspondientes comentarios.

Igualmente, dispone el proyecto que las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, reconocimientos de firma ni formalidades, salvo que en forma expresa así lo exijan leyes especiales.

En torno al tema de las garantías se dispone que el contratista preste garantía única que ampare el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, la cual puede consistir en el otorgamiento de pólizas de seguros, garantías bancarias y, excepcionalmente, en prendas, hipotecas, avales, fianzas o cualquier otro medio jurídico idóneo que ofrezca seguridad suficiente.

En relación con este aspecto, cabe señalar que cuando la garantía consiste en pólizas de seguro no tendrá lugar a terminación automática del contrato de seguro por falta de pago de la prima, cuestión esta que contempló la ley 45 de 1990 y que obviamente se mantiene para todos los demás seguros diferentes de los que amparan contratos de las entidades estatales. Igualmente se prevé que el contrato de seguro no expirará por revocatoria unilateral.

Con el propósito de lograr la efectividad de las reclamaciones que formulen las entidades estatales a las compañías aseguradoras, se prevé que la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento (artículo 18), de tal manera que no tendrá lugar, en estricto rigor, la objeción a dicha reclamación en la forma en que está previsto tal mecanismo en la legislación mercantil y, en consecuencia, las mencionadas compañías pueden hacer valer sus derechos mediante la impugnación del referido acto administrativo según las normas generales que rigen la materia.

Cabe destacar igualmente la figura del silencio administrativo positivo que operará en todos aquellos casos en que la entidad estatal no se pronuncie dentro de los dos meses siguientes a la formulación de peticiones o autorizaciones de naturaleza contractual.

3. Principio de responsabilidad.

Si bien el proyecto parte del otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, desprovista de la exorbitancia que hasta el presente ha caracterizado la legislación contractual, se dispone como contrapartida la aplicación del principio de responsabilidad en la gestión contractual tanto para servidores públicos como para contratistas.

Conforme a este principio los servidores públicos están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista.

Para garantizar su cumplimiento se prevé que los servidores públicos que intervengan en los procesos contractuales son responsables civil, penal y disciplinariamente.

Entre otras conductas que harán al servidor público incurrir en las modalidades de responsabilidad anotadas y que justifican la aplicación de las sanciones pertinentes cabe citar, a título de ejemplo, las siguientes: la iniciación de procesos de selección de contratistas sin que exista la autorización necesaria para ello; contratar sin que en el presupuesto respectivo exista la apropiación para efectuar el gasto que se pretende contratar; contratar sin que se hayan realizado o completado los estudios, proyectos de factibilidad o diseños del bien o servicio objeto de la futura contratación; cuando no adjudique el contrato sin que exista causa justificada para ello; por no tomar las medidas necesarias tendientes a restablecer la economía del contrato; cuando haga uso de los poderes o privilegios pactados en el contrato sin que existan motivos o razones que justifiquen su utilización o cuando éste se haga con abuso o desviación de poder.

Debe mencionarse que se amplía el término de caducidad de las acciones y en el caso de la responsabilidad civil esta se hace extensiva a los causahabientes del servidor público.

Un aspecto fundamental que debe destacarse consiste en que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección se atribuye al jefe o representante de la entidad y no a las juntas, consejos directivos, corporaciones administrativas u órganos de dirección, con lo cual se busca evitar que la responsabilidad derivada de dichas actuaciones termine diluyéndose entre el representante o jefe de la entidad y las personas que integran dichos organismos.

Respecto de los particulares contratistas, así como de los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales el proyecto señala que deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o incompatibilidad en que se hallen incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada, por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entregue bienes o preste servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos (artículo 26).

VII. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA SELECCION OBJETIVA.

<ASPECTOS GENERALES SOBRE LA SELECCION OBJETIVA>. La falta de claridad sobre los propósitos y fines de la contratación ha derivado en la imposición de trámites excesivos que entorpecen enormemente la actividad de la administración y de los particulares en ese campo, al punto que, como se indicó anteriormente, en varios casos el término entre la apertura de la licitación y la iniciación de las obras es de tres y hasta cuatro arios. De otra parte, la exigencia de innumerables requisitos ha determinado un ostensible entrabamiento de la gestión administrativa en materia de contratación.

De allí que el principio contemplado en el artículo 3º. del proyecto, según el cual tanto los

servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto este que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En este sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.

A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.

En orden, pues, a garantizar que la decisión de la administración sobre esa importante materia, se produzca en forma tal que apunte exclusivamente al cabal cumplimiento de tales propósitos, el proyecto precisa en su artículo 29 que la selección objetiva consiste en la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, con lo cual se recoge la esencia del artículo 33 del actual estatuto, haciendo énfasis en la improcedencia de considerar para tal efecto motivaciones de carácter subjetivo y estableciendo, a título meramente enunciativo, los factores determinantes de la escogencia.

Adicionalmente el aludido artículo del proyecto exige que la ponderación de esos factores conste en forma clara, detallada y concreta en los respectivos pliegos de condiciones, cuadernos de requisitos o términos de referencia, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, buscando con ello cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad en la decisión administrativa de selección. Con ese mismo propósito la prenombrada disposición establece que la favorabilidad de la propuesta no puede obedecer a factores diferentes de los enunciados en los referidos documentos contentivos de requisitos y condiciones o fundamentada exclusivamente en alguno de ellos o en la sola y simple consideración del más bajo precio o menor plazo ofrecidos.

Así mismo se impone a la administración la obligación de efectuar comparaciones de propuestas mediante diversos mecanismos, entre ellos el cotejo de los diferentes ofrecimientos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios de los organismos consultores, todo ello enderezado a que la evaluación de las propuestas se adelante de una manera razonada y con fundamento en todos los factores de selección considerados en su conjunto. Sobre este particular, cabe destacar que la administración al llevar a cabo el análisis comparativo de las propuestas debe obviar la ausencia de requisitos o documentos referentes a la futura contratación o al oferente en cuanto no resulten precisamente indispensables para cumplir dicho cometido.

Ha de entenderse que esta previsión hace referencia a documentos o requisitos que resulten superfluos desde el punto de vista del juicio comparativo de favorabilidad que debe adelantar la administración, de tal suerte que no puede aducirse su ausencia para desestimar ofertas, lo cual constituye un corolario necesario del principio de la economía previsto expresamente en el

artículo 25, numeral 14 del proyecto en estudio y una garantía adicional de la igualdad de oportunidades.

Se hace de esta forma explícito que el propósito de los procedimientos de selección consiste en garantizar dicha igualdad, así como permitir que la administración escoja a quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de la finalidad de interés público que ella pretende alcanzar con la contratación, todo ello en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y, obviamente, de una estricta responsabilidad.

1. Excepciones a los procedimientos reglados de selección objetiva.

El proyecto mantiene como regla general la utilización de procedimientos reglados de selección objetiva del contratista, fijando, por vía de excepción, los eventos en que puede prescindirse de ellos, lo que afirma la orientación que sobre la materia ha mantenido nuestra legislación desde el Código Fiscal de 1873 en cuanto que su justificación estriba, esencialmente, en los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella.

En este sentido, el artículo 24 del proyecto, contempla de una manera expresa los casos o eventos excepcionales en los que no se exige cumplir procedimiento alguno de selección, manteniendo así el esquema del anterior estatuto y buscando incluir los diferentes eventos en los que por razón del objeto o naturaleza del contrato de que se trate o de otras circunstancias claramente justificables, la utilización del procedimiento reglado de selección resulte inconveniente, inapropiado o, incluso, innecesario, sin que ello impida, claro está, el ejercicio del control de la contratación directa por parte de las autoridades competentes.

Si bien, como se indicó, la utilización de procedimientos reglados de selección objetiva se constituye en la regla general, entre los casos de excepción se destaca el relativo a la urgencia manifiesta que el artículo 36 regula de una manera más precisa en orden a facilitar su legítima utilización. Con tal fin se elimina el requisito de la calificación del Consejo de Ministros y se incluye un detalle enunciativo de los posibles factores configurativos de dicha situación de excepción, los cuales se vinculan esencialmente con situaciones evidentes de calamidad pública o que afecten de manera inminente la prestación del servicio, circunstancias que, por su propia naturaleza, determinan la imposibilidad de acudir a procedimientos de escogencia reglada. Se pretende de esa forma, facilitar al máximo la actuación de la administración frente a eventos excepcionales que reclaman su pronta intervención.

Esta mayor libertad de acción para conjurar ese tipo de circunstancias, encuentra su contrapeso en la exigencia de enviar el contrato o los contratos suscritos con base en la urgencia, al examen del correspondiente tribunal administrativo junto con el acto administrativo que la declaró a fin de establecer, mediante un proceso en el que se contempla la intervención del ministerio público y la citación y audiencia del funcionario que apeló a dicho mecanismo excepcional, la existencia de los hechos y circunstancias constitutivas de tal declaración y, en su caso, la atribución de responsabilidades y la imposición de las sanciones pertinentes, todo ello en orden a evitar los abusos que se han presentado con la utilización de dicho expediente, sin detrimento de la agilidad y flexibilidad impuesta por la propia naturaleza de los hechos que lo constituyen. Ahora bien, con el propósito de alcanzar la finalidad perseguida con los contratos de urgencia, el parágrafo del artículo 35 establece que la autoridad administrativa directamente realizará los traslados o modificaciones presupuestases correspondientes.

Finalmente, conviene destacar la posibilidad de ejecutar el objeto contractual sin alcanzar acuerdo sobre la remuneración ya que algunas veces ese acuerdo puede dilatar la inmediata realización del contrato, ocasionando efectos negativos dada la necesidad de atender el hecho calamitoso en forma urgente. Por ello, tal remuneración se podrá pactar con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. En caso de desacuerdo la propia norma prevé los procedimientos a que se debe apelar en procura de lograr la armonía contractual (artículo 35).

2. La declaración de desierta de la]citación o concurso.

Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formulado a ese imperativo en cuanto que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, esta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitario o de concurso, que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas.

Por estas razones y como un desarrollo específico del principio de la economía, el artículo 25, numeral 17 del proyecto, establece claramente que la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, como cuando ninguno de los proponentes cumple los requisitos y exigencias contemplados en el respectivo pliego de condiciones, de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en orden a evitar que se presente la necesidad de tal declaración, y dentro del propósito de asegurar una selección objetiva y garantizar la igualdad de oportunidades, el numeral 5 del artículo 24 impone una regla de conducta a las autoridades en virtud de la cual en la elaboración de los pliegos de condiciones, términos de referencia o cualquier otra clase de cuadernos de requisitos, deben quedar definidas en forma clara y completa las reglas de juego del concurso de tal manera que se dé cabal cumplimiento a los mencionados objetivos, todo lo cual implica que en la ejecución de dicha tarea las autoridades deben obrar con la máxima diligencia.

3. Publicidad y motivación en el proceso de selección.

La publicidad constituye, sin duda alguna, uno de los principios cardinales que deben presidir el ejercicio de la función administrativa, tal como expresamente lo contempla el artículo 209 de la Constitución. Con razón se ha dicho que es de la esencia de las instituciones democráticas el carácter público de las actuaciones de la administración, al punto que solo excepcionalmente resulta admisible una conducta diferente.

En materia de contratación estatal, dicho principio garantiza tanto la igualdad de oportunidades para todos los proponentes, como el adecuado control del proceso de selección, además de hacer

insospechable el proceder de los servidores públicos que han intervenido en su desarrollo.

Con fundamento en las expresadas consideraciones, el artículo 30 del proyecto contempla un régimen de publicidad tendiente a dotar de total transparencia a los procesos contractuales, empezando por la divulgación que está obligada a efectuar la entidad pública de los actos relativos a la apertura de licitaciones, concursos y demás procedimientos reglados de selección mediante su publicación en diarios de amplia circulación en el territorio de su jurisdicción, exigencia que el anterior estatuto imponía únicamente cuando se trataba de licitaciones públicas.

Así mismo, se otorga la facultad a los oferentes de conocer informes, conceptos y decisiones producidos en el curso del proceso, con el propósito de permitirles la formulación de observaciones y reparos, esto es, para que puedan discutirlos o controvertirles en orden a preservar la igualdad de oportunidades (artículo 24, inciso 2º.).

En idéntico sentido, y recogiendo iniciativas contenidas en proyectos anteriores, el numeral 8 del artículo 30 ordena que los informes de evaluación de las propuestas sean puestos a consideración de los proponentes por un término de cinco (5) días para efectos de que formulen las observaciones que estimen pertinentes. Se busca con ello no solo dar a conocer los estudios de cada una de las propuestas y su evaluación, sino también que los administradores reciban cierta colaboración de los participantes en el proceso de selección, quienes, para el efecto tienen la oportunidad de ilustrar a la administración sobre hechos o circunstancias relevantes y que eventualmente hayan pasado desapercibidos.

Se precisa, por otra parte, que dicha facultad no es susceptible de utilizarse para completar, modificar o mejorar las propuestas, habida cuenta que se trata de un mecanismo cuyo único objetivo es el de asegurar que el proceso de evaluación se efectúe en un todo exento de interpretaciones o apreciaciones erróneas.

Un necesario complemento de los instrumentos de publicidad referidos, lo constituye la obligación de las autoridades contemplada en el mismo artículo 24, de suministrar copias de la actuación adelantada y de las propuestas presentadas a cualquier persona que demuestre interés legítimo, respetando las restricciones legales derivadas de la reserva de actos o documentos, lo cual constituye una manifestación concreta del derecho previsto en el artículo 74 de la Carta.

En adelante, pues, no habrá lugar a situaciones de misterio y sigilo que generalmente han rodeado la obtención de información que los proponentes están en el legítimo derecho de conocer.

4. Audiencia pública de adjudicación.

En concordancia con lo anterior, el numeral 10 del artículo 30 dispone que el acto de adjudicación se realice en audiencia pública, lo cual constituye la máxima manifestación del principio de la transparencia en desarrollo y aplicación práctica del precepto contenido en el artículo 273 de la Carta. Ello corresponde, así mismo, a la obligación que a las autoridades impone el artículo 24, numeral 3 en el sentido de que sus actuaciones deben ser públicas en orden a garantizar, precisamente, el derecho consagrado en la prenombrada disposición de nuestro ordenamiento constitucional.

De esta forma, el proyecto establece los casos en que procede la audiencia pública de adjudicación y las condiciones en que esta se llevará a cabo.

Igualmente, se determinan las condiciones de realización de la audiencia y las personas que deben intervenir en ella.

Un adecuado régimen de publicidad de la actividad contractual de la administración no es por sí solo suficiente para garantizar la imparcialidad, objetividad e igualdad de oportunidades, como tampoco lo es para impedir eventuales decisiones caprichosas o arbitrarias de las autoridades. De allí que el artículo 24, numeral 6, del proyecto exija, que con excepción de los actos de mero trámite, todos aquellos que se profieran en desarrollo o con ocasión de la actividad contractual deben motivarse en forma detallada y precisa, destacándose entre ellos los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, las decisiones en materia de contratación no pueden tener motivaciones secretas ni preferencias que se queden en el fuero interno de los funcionarios y, por ende, los fundamentos en que ellas se apoyaron deben quedar razonadamente expresadas.

La administración queda de esta forma vinculada exclusivamente al deber de buscar el cabal cumplimiento de los cometidos estatales inherentes a su actividad contractual, despojándose, por lo tanto, de cualquier interés particular o motivación subjetiva que la lleve a incurrir en desviación o abuso de poder.

Cabe agregar que la aplicación práctica de los principios aludidos se orienta, en definitiva, a lograr que la contratación estatal sea eficaz, en términos de alcanzar el fin o propósito público perseguido con la celebración del contrato, y al mismo tiempo que dicha actividad sea un proceso inobjetable desprovisto de toda sospecha de inmoralidad que tan gravemente perjudica a la administración pública.

5. Procedimientos de selección objetiva.

Habida consideración que el proyecto de ley en estudio, tal como se ha puesto de manifiesto a lo largo de esta exposición, se estructura bajo el esquema de un conjunto normativo de principios y de reglas generales orientados a imprimir agilidad y eficiencia a la actuación de la administración y de los particulares en el campo de la contratación, se regula en el artículo 30 un procedimiento de selección que comprende las etapas estrictamente necesaria para asegurar la objetividad de la escogencia pero en un marco de flexibilidad en lo relativo al trámite del proceso que busca un doble propósito: de una parte facilitar la aplicación del estatuto a situaciones diversas, derivadas de los sujetos, del objeto y de las modalidades de la contratación y, de otra, asegurar la permanencia y consolidación de los nuevos principios, criterios y directrices de la actividad contractual de la administración que en él se consagran.

En consecuencia, atendiendo a la naturaleza del objeto a contratar, a las regias de la recta e idónea administración y a los principios y formalidades de la ley, las entidades estatales podrán ajustar los términos y condiciones pertinentes que aseguren la selección imparcial, objetiva y ágil del contratista, respetando esa estructura básica de etapas indispensables que, en todo caso, deben surtirse.

En la norma precitada, en concordancia con el artículo 24, se alude a la licitación o concurso, como procedimientos básicos de la escogencia objetiva.

Sobre este particular, cabe agregar que se definen dichos procedimientos, recogiendo en esencia su concepto tradicional pero haciendo énfasis en que siempre se adelantarán mediante

convocatoria o invitación pública y precisando, en el caso del concurso, que este procedimiento de selección se aplicará para aquellos contratos que tengan por objeto estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, acogiendo así una fórmula genérica que involucró todos aquellos contratos en los que predomina ese factor técnico o intelectual sobre el material como lo son, por ejemplo, los contratos de consultaría, interventoría, obra pública por administración delegada y, en general, los que tengan dicha naturaleza --.

VIII. NULIDAD DE LOS CONTRATOS.

<NULIDAD DE LOS CONTRATOS>. Frente al tema de las nulidades el proyecto sigue los lineamientos de la legislación civil y comercial, señalando causal es propias de la peculiaridad de los contratos estatales.

Especial atención merece la posibilidad de que el representante legal de la entidad contratante termine el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado en los casos de contratos celebrados contra expresa prohibición constitucional o legal, suscritos con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley y cuando se trate de contratos celebrados con abuso o desviación de poder.

Así mismo y en desarrollo del necesario equilibrio contractual que debe mantenerse, el proyecto señala cómo en caso de declaratoria de nulidad de un contrato, ello no impide que el ente público proceda a efectuar el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas con anterioridad a la declaratoria, a menos que de la ejecución del contrato anulado o terminado no se deriven beneficios para la entidad. Se trata, pues, de la aplicación de la regla general consagrada en el derecho común, según la cual la nulidad por objeto o causa ilícitos no genera acción ni excepción. Sin embargo, tal regla se encuentra atenuada debido a los postulados del derecho público en cuanto que propugnan por un Estado justo, al que no le es dable enriquecerse en perjuicio de un particular, sin que ello impida, claro está, que se adelanten las acciones de responsabilidad a que hubiere lugar por razón de la celebración de un contrato bajo el conocimiento de que se encontraba viciado por circunstancias de esa naturaleza.

IX. CONTROL DE LA GESTION CONTRACTUAL.

<CONTROL DE LA GESTION CONTRACTUAL>. El proyecto trata en un capitulo especial el tema relacionado con el control de la gestión contractual, caracterizado por alinderar claramente las funciones de los organismos de vigilancia y control como la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la República y la Contraloría General de la República evitando que se conviertan en coadministradores y desarrollando además, figuras que como la de participación comunitaria en los procedimientos de contratación estatal, es consecuencia de la consagración que hace la Carta Política de 1991 de un Estado democrático y participativo.

1. Procuraduría General de la Nación.

Le compete adelantar de oficio o a solicitud de parte interesada las investigaciones sobre el cumplimiento y observancia de los principios y fines de la contratación estatal establecidos en el Estatuto.

Además la Procuraduría debe adelantar visitas a las entidades territoriales, en las cuales se oirán a las asociaciones gremiales y comunitarias respecto de asuntos que tengan que ver con la contratación regional y local (artículos 54 y 55).

2. Fiscalía General de la Nación.

En concordancia con lo señalado por el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía tendrá a su cargo la investigación de las conductas constitutivas de delitos derivados de la violación del deber ser contractual por parte de servidores públicos como de contratistas, así como la obligación de acusar a los presuntos infractores ante los jueces competentes (artículo 56).

3. Contraloría General de la República.

En cuanto al control fiscal a la contratación, el proyecto dispone que este será única y exclusivamente posterior y selectivo. Ese fue el querer del constituyente, y al decir de algunos doctrinantes el único que se justifica tal como parece desprenderse de lo expuesto en un foro sobre el tema. "... Control posterior, es la única etapa que se justifica. Pretende establecer después de que ocurren los hechos, después de la gestión del administrador, si lo que él hizo, bien sea un contrato, un pago, una entrega o un recibo esté hecho en forma adecuada, es decir con las normas, las competencias y la aritmética, el control posterior en cierta medida reproduce lo que ocurrió durante la gestión del administrador.

"Verifica las operaciones aritméticas y la observación de las disposiciones legales que enmarcan esa actividad. Trata de establecer si efectivamente todo se hizo ajustado a derecho o a la simple aritmética.

"Ese control desemboca en el establecimiento de responsabilidades de carácter fiscal en cabeza de los funcionarios que han adelantado la gestión administrativa" --.

El proyecto elimina entonces la denominada "dictadura" de los contralores y auditores en materia de contratación pública circunscribiendo la función fiscalizadora al ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados mediante la (sic) cual se evalúe la eficiencia, la economía, la equidad y los costos ambientales, tal como lo establece el artículo 267 de la Carta e impidiendo la coadministración.

Ese es el sentido que le quiso dar el constituyente tal como lo expresa Alfredo Manrique: "La función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias del control de gestión puramente fiscal de la administración pueden llegar a constituir paralelamente a esta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador contralor, el cual reunirá en sus manos no solo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto..." (artículo 57) --.

4. Participación comunitaria en el control de la gestión contractual.

El constituyente delegó al legislador la facultad de organizar las formas y sistemas de participación que permitan vigilar no solo la gestión pública, sino además los resultados de la misma (artículo 270 C. N. [sic]).

Por ello, el proyecto hace efectivo dicho derecho ciudadano al conferirle a los interesados en los procesos contractuales la posibilidad de intervenir en los mismos, incluso formulando denuncias ante las autoridades competentes sobre las conductas, tanto de servidores públicos como de particulares que sean constitutivas de delitos o contravenciones en materia de contratación

administrativa.

Cabe destacar, que se obliga a las autoridades a brindar apoyo especial a las personas y asociaciones que fomenten campanas de control y vigilancia de la gestión pública contractual.

Por último, en este tema es necesario mencionar que el nuevo estatuto prevé con justificada razón que los organismos o entidades gremiales, profesionales o universitarios que tengan el carácter de cuerpos consultivos del gobierno le prestará a este la colaboración que requiera en temas relacionados con la contratación (artículos 58 y 59).

X. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

<RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL>. Como se ha expresado a lo largo de la presente exposición, el proyecto en estudio se inspira en la necesidad de imprimir eficiencia, autonomía y agilidad a la actuación contractual de la administración, eliminando trámites, procedimientos y requisitos innecesarios que han terminado por entrabar y encarecer enormemente una actividad necesaria para el logro de los fines estatales a que alude el artículo 21 de la Constitución de 1991.

Esta orientación supone, como se ha explicado, un cambio en la concepción de la conducta y de las facultades de los sujetos que intervienen en la contratación, eliminando la presunción de mala fe que parece informar al estatuto vigente.

Se trata de procurar a dichos sujetos, en el marco de unos principios explícitamente señalados, un campo de acción tan amplio y flexible como lo requiere el cumplimiento de los cometidos estatales que directa o indirectamente se les ha encomendado.

Esa mayor autonomía y agilidad de la actuación de los sujetos que intervienen en la contratación exige, correlativamente, un régimen de responsabilidad adecuado a esas finalidades.

El tratamiento de la responsabilidad contractual en el estatuto vigente gira fundamentalmente en torno de la conducta del servidor público y en relación con hechos vinculados exclusivamente a la celebración del contrato (pretermisión de requisitos o formalidades y contravención de prohibiciones; artículos 13 y 290 del decreto 222 de 1983).

El proyecto introduce una modificación sustancial en la materia en cuanto que, en primer término, contempla expresamente tanto la responsabilidad de las entidades públicas (artículo 44), como la que se atribuye al servidor público, a los consultores, interventores, asesores, particulares y a los consorcios (artículos 45, 48 y 49).

En segundo lugar, no restringe la fuente de la responsabilidad a situaciones irregulares vinculadas a la celebración del contrato, puesto que la extiende, en general, a los hechos u omisiones que se produzcan en desarrollo de la actuación contractual. Es decir que el ámbito de la responsabilidad se amplía tanto por razón de los sujetos como de sus fuentes, manteniendo, respecto de todas las personas diferentes de la entidad pública, el criterio de la culpa grave o dolo como elemento esencial de su configuración.

De allí que, como se indicó al tratar genéricamente del principio de la responsabilidad, diversas conductas del servidor público o de los demás sujetos que intervienen en la contratación, son susceptibles de generar responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

1. De las entidades estatales.

En desarrollo de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Política, el proyecto en estudio contempla expresamente la responsabilidad de las entidades estatales por razón de actuaciones, hechos u omisiones que, siendo imputables a ellas, generen perjuicios al contratista (artículo 44).

Se trata, claro está, de una responsabilidad patrimonial y de allí que se contemple, en orden a la plena reparación del daño causado, que la indemnización comprenda tanto la disminución patrimonial que se produzca y su prolongación (entendida esta última en términos del deterioro del poder adquisitivo y otros factores semejantes), como el beneficio o provecho dejado de percibir por el contratista.

2. Del servidor público.

En desarrollo del aludido principio y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución, el proyecto en estudio establece que el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus hechos y omisiones derivados de su actuación contractual, precisando que la responsabilidad disciplinaria procede incluso en los casos de culpa leve (artículo 45).

Esta consagración genérica de responsabilidad por hechos u omisiones del servidor público, armoniza con la establecida en el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo que igualmente es general en cuanto que alude a los daños que cause por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

De otra parte, el artículo 47 consagra la acción de repetición de la entidad contra el servidor público responsable, en desarrollo de lo previsto en el artículo 90, inciso 21 de la Constitución, precisando que puede ser promovida por la propia entidad, por el ministerio público, oficiosamente por el juez competente o, incluso, por cualquier persona, siempre y cuando no hubiese sido vinculado al proceso respectivo en virtud de la figura procesal del llamamiento en garantía. Adicionalmente se dispone que las condenas derivadas de la acción civil de responsabilidad solo beneficiarán a la entidad y producen efectos respecto de los causahabientes del servidor público.

3. De los consultores, interventores y asesores externos.

Habida cuenta que en la actuaciones contractuales en las que intervienen consultores, interventores o asesores externos, el cabal cumplimiento de la finalidad y de los objetivos perseguidos, dependen en buena medida de la recta y diligente conducta de dichas personas, el articulo 48 del proyecto contempla la responsabilidad civil y penal que a ellos pueda corresponder por sus hechos u omisiones que causen daño o perjuicio a las entidades.

4. De los contratistas.

El artículo 13 del estatuto vigente alude a la responsabilidad del contratista cuando celebra contratos en contravención de las prohibiciones legales. El artículo 49 el proyecto amplía el marco de dicha responsabilidad a cualquier hecho u omisión que, habiendo sido cometido por el contratista con dolo o culpa grave o con ocasión de su intervención en la contratación, cause daño.

5. De los consorcios y uniones temporales.

Se suele identificar a los consorcios con la figura de joint venture del derecho americano, o el

paternisch del derecho inglés. Algunos consideran al consorcio como una sociedad de hecho en la medida en que no se ha constituido con las formalidades legales pertinentes. Otros consideran al consorcio como una modalidad de la figura que surge del contrato de cuentas en participación. Otros propenden a la tesis de que debe considerársele como persona jurídica para los solos efectos de la presentación de la propuesta y la celebración y ejecución del contrato.

El artículo 3º. del decreto 222 de 1983, al tratar de la autorización para que dos o más personas constituyan un consorcio, no dice que es para celebrar el contrato, sino para presentar conjuntamente una misma propuesta. Además, exige que dicha presentación conjunta haya sido autorizada por el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso.

El artículo 51 del citado decreto señala que la adjudicación se hace a las personas que integran el consorcio, no al consorcio, y se prevé la responsabilidad solidaria entre ellas.

Puede afirmarse, entonces, que en el esquema del decreto 222 de 1983 el consorcio es simplemente la denominación que se le da a la presentación conjunta de una misma propuesta que, en caso de resultar favorecida, impone la celebración del contrato con todos y cada uno de los proponentes quienes, en tal virtud, asumen una responsabilidad solidaria por su celebración y ejecución frente a la entidad.

Ahora bien, el proyecto mantiene como núcleo jurídico fundamental del consorcio la responsabilidad solidaría de quienes lo integran, pero trae una modificación sustancial consistente en reconocerle personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato (artículos 61 y 71). Se considera que esta solución resulta ser la más conveniente en la medida en que, dejando atrás todas las discusiones en torno a su naturaleza, el hecho de reconocerle personalidad jurídica impone la necesidad de que los consorciados definan unos estatutos básicos que regulen sus propias relaciones y, principalmente, las que surgen con la entidad estatal para todos los efectos, imponiendo así claridad y precisión en el desarrollo de las mismas y del propio contrato.

Como se anotó, en lo relativo a la responsabilidad del consorcio, se mantiene el criterio según el cual las personas que lo integran responden solidariamente de las obligaciones surgidas con ocasión de la propuesta y de la celebración y ejecución del contrato. En concordancia con lo anterior, se prevé expresamente que las actuaciones, hechos u omisiones que tengan lugar en desarrollo de la propuesta y del contrato, se imputarán a cada uno de sus miembros.

En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 71, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento específico de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes.

Para estos efectos, se prevé que en los pliegos, términos de referencia o cuadernos de requisitos, se precise si se pueden presentar propuestas, celebrar y ejecutar el contrato bajo la modalidad de consorcios o de uniones temporales. Igualmente se dispone que los proponentes deben indicar

bajo qué modalidad participan y, en el evento de serlo a título de unión temporal, deben precisar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato (artículo 70, parágrafo 21).

Finalmente se prevé que las sociedades constituidas bajo cualquiera de los tipos regulados por la ley, y cuyo objeto consista exclusivamente en participar en un concurso o licitación, así como en celebrar y ejecutar el contrato respectivo, la responsabilidad y sus efectos se rijan por las mismas reglas de los consorcios, es decir, que quienes integran una sociedad de esta naturaleza asuman una responsabilidad solidaria en relación con todas y cada uno de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, habida cuenta que por tratarse de una persona jurídica con objeto y duración limitados, su patrimonio puede eventualmente resultar insuficiente para hacer efectivas las indemnizaciones, multas o sanciones a que hubiere lugar como consecuencia de incumplimiento de la propuesta o de la inejecución del contrato o de su ejecución tardía o defectuosa (artículo 71, parágrafo lo.).

6. Términos de prescripción.

Por otra parte, el articulo 46 regula lo relativo a la prescripción de la acción civil y de la disciplinaria, así como la prescripción de la acción penal, estableciendo términos suficientemente amplios para garantizar la efectividad de la responsabilidad.

7. Sanciones e inhabilidades.

El artículo 50 regula lo concerniente a las sanciones de acuerdo con cada modalidad de responsabilidad, destacándose, de una parte, el incremento de las sanciones penales pertinentes cuyos tipos siguen siendo los previstos en el Código Penal bajo el epígrafe de "Indebida celebración de contratos" (artículos 144 a 146 C. P.) y, de otra parte, la extensión de las inhabilidades a todos los sujetos de la contratación como consecuencia de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que incurran.

8. Publicidad de las providencias sancionatorias.

El cabal cumplimiento del contrato y, por ende, del cometido estatal que a través de él se pretende alcanzar, exige que su celebración se lleve a cabo con personas idóneas y de calidades y antecedentes irreprochables. Es claro que esta circunstancia únicamente es susceptible de establecerse mediante un adecuado sistema de publicidad y de allí que el proyecto, además de contemplar el registro único de proponentes en las cámaras de comercio y para determinados contratistas (artículo 22), impone la obligación de publicar la parte resolutiva de los actos sancionatorios y de las sentencias condenatorias a través de medios de comunicación escritos de amplia circulación en el área de jurisdicción de la respectiva entidad estatal y por un determinado número de veces, siempre que tales providencias se encuentren debidamente ejecutoriadas (artículo 31).

En relación con los actos sancionatorios se exige adicionalmente, que sean comunicados tanto a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista para efectos de que se efectúe el registro correspondiente, como a la Procuraduría General de la Nación.

Las sentencias condenatorias cuya publicación se exige, son aquellas que se profieren a favor de las entidades estatales y en contra de servidores públicos o de particulares, es decir que se trata de providencias judiciales sobre responsabilidad civil por hechos u omisiones en que han incurrido dichas personas en la actuación contractual.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Sena
ISSN Pendiente
Última actualización: 15 de marzo de 2018

logo