

DIMENSIÓN GENERAL DEL CONTRATO ESTATAL
EN COLOMBIA Y SU IMPACTO EN LA INTERNALIZACIÓN
DE LA COMPRA PÚBLICA

JUAN CARLOS
EXPÓSITO VÉLEZ
SEBASTIÁN
BARRETO CIFUENTES
(EDITORES)

DIMENSIÓN GENERAL
DEL CONTRATO ESTATAL EN COLOMBIA
Y SU IMPACTO EN LA INTERNALIZACIÓN
DE LA COMPRA PÚBLICA

I CONGRESO INTERNACIONAL
DE CONTRATACIÓN ESTATAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Congreso Internacional de Contratación Estatal (1° : 2023 : Barranquilla)

Dimensión general del contrato estatal en Colombia y su impacto en la internalización de la compra pública
/ Juan Carlos Expósito Vélez, Sebastián Barreto Cifuentes (editores) ; Sue Arrowsmith K.C. [y otros].
Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Administrativo, 2023.
593 páginas

ISBN: 9789585060234 (impreso) 9789585060241 (e-book)

1. Contratos administrativos -- Historia -- Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 2. Contratos públicos -- Gran Bretaña -- Congresos, conferencias, etc. 3. Obligaciones (Derecho) -- Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 4. Adjudicación de contratos -- Aspectos jurídicos -- Congresos, conferencias, etc. 5. Compras oficiales -- Aspectos jurídicos -- Congresos, conferencias, etc. 6. Compras oficiales -- Innovaciones tecnológicas -- Congresos, conferencias, etc. 7. Entidades territoriales -- Innovaciones tecnológicas -- Congresos, conferencias, etc. 8. Procedimiento administrativo -- Congresos, conferencias, etc. I. Título

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ

diciembre de 2023

E-ISBN 978-958-506-024-1

ISBN 978-958-506-023-4

© 2023, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (+57) 601 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2023

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Pablo Emilio Daza Velásquez

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ	RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA
SUE ARROWSMITH K.C	SILVIA DÍEZ SASTRE
SEBASTIÁN BARRETO CIFUENTES	JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ
JOSÉ LUIS BENAVIDES	SEBASTIÁN BARRETO CIFUENTES
SEBASTIAN CONRAD	HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO
MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN	MANUELA CANAL
SANDRA VERANO HENAO	PEDRO ZAPATA GARCÍA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	II
LA HISTORIA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU RECEPCIÓN EN COLOMBIA <i>Juan Carlos Expósito Vélez</i>	17
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL REINO UNIDO: UNA PERSPECTIVA DESDE EL <i>COMMON LAW</i> SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS <i>Sue Arrowsmith K.C</i> <i>Sebastián Barreto Cifuentes</i>	73
RECEPCIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU INFLUENCIA EN COLOMBIA <i>José Luis Benavides</i>	147
EL ECOSISTEMA DE LAS COMPRAS PÚBLICAS: UNA DISCIPLINA QUE NO ES ESTRICTAMENTE JURÍDICA – REFLEXIONES SOBRE LOS CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES A PARTIR DEL DERECHO ALEMÁN <i>Sebastian Conrad</i> <i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	207
LA IMPLEMENTACIÓN DE LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL: UNO DE LOS GRANDES DESAFÍOS PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES <i>Sandra Verano Henao</i>	259
LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL BAJO LA ÓPTICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS <i>Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta</i>	297
¿SIEMPRE ES MEJOR LICITAR? FÓRMULAS ALTERNATIVAS SIN HUIR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO <i>Silvia Díez Sastre</i>	359
ACUERDOS MARCO DE PRECIOS COMO MECANISMO CENTRALIZADO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS <i>Jorge Enrique Santos Rodríguez</i>	409

EL DISEÑO/CONTENIDO COMO PARTE DEL ÉXITO DE LOS CONTRATOS ESTATALES: CLÁUSULAS FUNDAMENTALES PARA EL ÉXITO Y LA GESTIÓN <i>Sebastián Barreto Cifuentes</i>	443
CONVERGENCIA Y SUSTANTIVIDAD: ANÁLISIS SOBRE LA SINGULARIDAD DEL RÉGIMEN DE NULIDADES DEL CONTRATO ESTATAL <i>Héctor Santaella Quintero</i>	473
LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL COMO CONCEPTO OMNICOOMPRESIVO <i>Manuela Canal</i>	533
REPARAR, INCLUSO, SI NO SE HA DAÑADO: SOBRE LA RESPONSABILIDAD Y OTROS RECONOCIMIENTOS PATRIMONIALES EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO <i>Pedro Zapata García</i>	569

En mi condición de editor de esta obra, se me ha confiado que pergeñe unas líneas introductorias, se debe empezar por señalar que los distintos artículos académicos, que en esta obra se compilan, gozan de toda la exigencia y el rigor académico que hace de estos un valioso aporte intelectual para la contratación pública de nuestro país.

La integralidad de que goza este trabajo académico ha de llevar al lector a iniciar su recorrido con la ponencia acerca de la historia de la contratación administrativa y cómo se ha adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, con el título “La historia de la contratación administrativa y su recepción en Colombia”, en el que el autor se acerca de manera profunda, acogiendo los textos más clásicos sobre la institución al origen del contrato de la Administración Pública y la transformación de las reglas que del derecho privado surgen para adaptarlas a los contratos de la Administración e igualmente a sus necesidades, a las transformaciones que han hecho del contrato público un instrumento de actividad administrativa pura, además de ser hoy por hoy una figura que se enmarca en una función práctica, social y económica, y cómo, a su vez, se constituye en el centro de gravedad del derecho administrativo contemporáneo. Las dinámicas actuales de la economía de mercado, las necesidades de la administración cada vez más complejas en las diferentes aristas de los servicios públicos, las obras, bienes y servicios a adquirir, hacen que el contrato de la administración evolucione y se adapte a estas nuevas tendencias, así como que se fortalezca en la construcción de una regulación cada vez más estricta que evite la configuración de supuestos hechos de corrupción. Por otro lado, se analiza la importancia de tener en cuenta en las regulaciones domésticas la figura de la globalización del derecho que impacta a la institución, especialmente por la interdisciplinariedad de que goza la materia. Todo esto, en el primero de los capítulos de la obra, el cual fue desarrollado por el suscrito.

Sue Arrowsmith, como autoridad mundial en materia de compra pública, trae a colación un trabajo relacionado, desde la perspectiva del *common law* británico, sobre las características de la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos desde hace cinco décadas y su evolución hasta la actualidad. La autora, de manera sesuda, explica de forma diáfana, a partir de un análisis brillante, las diversas dificultades que el sistema de

contratación pública de su país ha tenido de cara a la legislación dada por la Unión Europea y si dichos derroteros han de afectar el nuevo régimen de contratación post-Brexit previsto por el Gobierno.

El profesor José Luis Benavides hace su intervención en la presente obra con su análisis sobre la recepción de los instrumentos internacionales y su influencia en la contratación pública de nuestro país. Gran parte del estudio se centra en mostrar cómo los mecanismos internacionales no solo se aceptan y aplican en nuestro ordenamiento, sino que muchos de ellos han sido adaptados y modulados en nuestro ordenamiento con particularidades que avalan su recepción.

Mónica Ibagón y Sebastian Conrad en su estudio sobre el ecosistema de las compras públicas: una disciplina que no es ya estrictamente jurídica —reflexiones sobre los criterios sociales y ambientales a partir del derecho alemán—, parten de la base de un análisis sobre el principio de eficacia en el derecho alemán y de economía en nuestro ordenamiento, donde la adjudicación del contrato se haría a la oferta más ventajosa para los alemanes y más favorable para el sistema colombiano. Los ponentes señalan que hoy en día la contratación pública no es una disciplina estrictamente jurídica que inmiscuye elementos ajenos a la ciencia del derecho, como es el caso de la economía, lo que le permite afirmar a los autores que la racionalidad debe ser el comportamiento que se debe implementar por las entidades estatales en sus procesos de contratación.

En el artículo de la implementación de la compra pública innovadora en la gestión contractual desarrollado por la Dra. Sandra Verano, se trata de manera completa un tópico actual que resulta relevante en los procesos contractuales del Estado colombiano y en el que se demanda su presencia como gestor para transformarse en un actor activo que se vincule como partícipe de su relacionamiento cercano, de colaboración, con el sector privado en el marco de la compra pública. Tal cercanía en los procesos contractuales implicaría según la autora el desarrollo de métodos, procedimientos novedosos que resulten eficientes en materia de costo beneficio para las partes, para el caso concreto grupos de pequeñas empresas y emprendedores. El arribo del Estado a este estadio supone la incubación de políticas públicas que lleven a este a modernizar el paso a paso de las etapas contractuales consistente en la reformulación de nuevas rutas para la adquisición de los

bienes y servicios demandados a partir del análisis de componentes económicos, sociales y ambientales.

El Dr. Rafael Enrique Ousteau de Lafont Pianeta, en su texto para esta obra, expone el estudio reflexivo sobre los procedimientos de selección de contratistas en el contexto de los procedimientos administrativos y los fundamentos que le sirven de soporte, concluyendo el estudio con una reflexión bastante acertada en la que se pregona que la diversidad de procedimientos de selección en nuestro ordenamiento y la excesiva reglamentación que ostentan estos ha llevado a manejos inadecuados que han dado pie a situaciones de corrupción, lo que pone en tela de juicio, en algunos casos, la permanencia de algunos de esos procedimientos de selección.

Señala la profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (España), Dra. Silvia Díez, que en materia de compras públicas deberán incluirse alternativas diferentes a las que trae la contratación pública para adquirir los bienes y servicios que el Estado demanda, es así como las distintas alternativas planteadas por la autora lleva a considerar herramientas entre entidades estatales como es el caso de la cooperación vertical, cooperación horizontal, cooperación de carácter público-privado; o incluso aquellas que no son contractuales como la transferencia de competencias y convenios “open-house”. Señala la docente española que estas técnicas no son aptas para la evasión del derecho administrativo, sino que estas técnicas siguen gobernadas en todo caso por reglas especiales de funcionamiento para las entidades del sector público, una opción que vale la pena su consideración en nuestro ordenamiento.

A su vez, el Dr. Jorge Santos Rodríguez, en su capítulo “Acuerdos marco de precios como mecanismo centralizado de selección de contratistas”, aborda su construcción dando una vista general sobre el origen de la figura con la existencia del artículo 32 de la Ley modelo de la UNCITRAL, donde se sugiere la introducción de dichos acuerdos en aquellos eventos en los que existe pluralidad de proveedores o cuando solo ha de existir un solo proveedor. En nuestro ordenamiento, la figura, de acuerdo con lo señalado por el profesor Santos y de conformidad con lo expuesto por la Ley 1955 de 2019, se erige en una herramienta que ha tenido por finalidad la centralización, la racionalización y simplificación de la contratación en masa, mediante el cual las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación Pública deben adquirir los bienes y servicios de características técnicas unifor-

mes y de común utilización para los cuales se hubiera celebrado un acuerdo marco por parte del ente regente en la materia que para el caso concreto es la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente—. El autor en su trabajo propugna por dar solución a múltiples interrogantes sobre la materia, entre ellos, lo relativo a los bienes y servicios que pueden adquirirse a través de este mecanismo, así como las entidades estatales que en su proceso de contratación pueden llegar a celebrarlo.

El Dr. Sebastián Barreto Cifuentes en su investigación resalta la importancia del contenido que debe tener un contrato estatal. El estudio que reposa en su artículo propugna por revelar la forma cómo en el derecho comparado las entidades estatales incluyen modelos de cláusulas estandarizadas que, de acuerdo con la experiencia, pueden garantizar el éxito de un contrato público, maximizando la transparencia, la competencia, eficiencia y arrojando resultados positivos para evitar los fenómenos tangibles de corrupción. El autor resalta desde su perspectiva la posibilidad de que, en un estudio posterior, pueda en el ordenamiento jurídico colombiano hacerse una adaptación de las cláusulas analizadas, siempre que estas gocen de completa compatibilidad con el ordenamiento jurídico sin que generen distorsiones.

En el artículo desarrollado por el Dr. Héctor Santaella Quintero, relativo a la convergencia y sustantividad del régimen de las nulidades de los contratos estatales, se construye un estudio pormenorizado del régimen de las nulidades de los contratos estatales bajo la égida de la coexistencia de dos grandes grupos de causales; aquellas que se consagran para los contratos propiamente dichos (los regidos por el Estatuto de Contratos de la Administración Pública) en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y demás regulación del estatuto contractual y que apelan a su sustantividad debido a la naturaleza del contrato; y aquellas que en virtud del fenómeno de la incorporación normativa se trae del derecho privado al contrato estatal, dando a este unos perfiles propios, acordes con las exigencias del régimen de derecho administrativo.

A su vez, en lo que respecta a la modificación de los contratos estatales, la Dra. Manuela Canal en su estudio hace énfasis sobre los mecanismos que pueden llevar a las modificaciones de las cláusulas contractuales iniciales en los contratos públicos, ello, desde las aristas de sus límites cuantitativos, cualitativos, temporales y procedimentales para considerar su concepción como omnicompreensiva, *v. g.*, la prórroga, la suspensión, el contrato adicio-

nal o la adición de contrato, así como aquella clasificación de modificaciones que no requieren de la firma de un acuerdo adicional, tal y como es el caso de los mecanismos o herramientas por medio de las cuales se llega al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el ajuste de precios y las mayores cantidades de obra.

El tema de la responsabilidad llega a esta obra con el trabajo académico de Dr. Pedro Zapata, quien plantea la posibilidad de hacer reparaciones a perjuicios en aquellos eventos en que no se ha causado daño. Lo anterior como consecuencia de la existencia de deberes de reparar que no tiene fuente en el daño causado, sino en otras fuentes como son la ley o el enriquecimiento sin justa causa que pueden, junto con el daño, convivir en la actuación contractual pública.

Sea esta la oportunidad para dejar de manera perenne el agradecimiento y la deferencia en permitirme liderar la organización de esta obra, estoy seguro de que lo expuesto en las líneas argumentativas de cada uno de los capítulos que componen este libro y que presento, se estructuran como referentes académicos de excelencia y rigurosidad del más alto nivel. Es así como esperamos en los próximos años poder continuar por esta senda, con el fin de aportar en la edificación, construcción y transformación del derecho administrativo de la contratación pública de nuestro país.

Bogotá D. C., 30 de julio de 2023
Juan Carlos Expósito Vélez

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ*

*La historia de la contratación administrativa
y su recepción en Colombia*

SUMARIO

Introducción. 1. La resistencia inicial. 2. La teoría de la doble personalidad del príncipe: la salida a la encrucijada de la soberanía. 3. Evolución de la figura en Francia: actos de gestión y actos de poder, génesis de la dicotomía contratos administrativos-contratos de derecho privado de la Administración. 4. La teoría del servicio público y la sustantividad de los contratos administrativos. 5. Criterios para la determinación de la naturaleza administrativa de los contratos de la Administración. 6. Las cláusulas exorbitantes, un nuevo parámetro de identificación de los contratos administrativos. 7. Recepción de la figura en el ordenamiento colombiano. 8. El contrato estatal: ¿el fin del debate? 9. Dispersión normativa, un panorama nebuloso que cubre la contratación estatal. 10. Nueva configuración del contrato de la Administración. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN

La contratación de la Administración Pública no ha sido un tema pacífico a nivel global, la acogida —de la emblemática figura del derecho privado— ha significado un gran reto, no solo para la Administración, sino también para la doctrina y la jurisprudencia toda vez que las reglas aplicables a la materia han presentado transformaciones con el paso del tiempo. Lo anterior se debe a que el contrato estatal no puede ser concebido como una figura estática, sino que, por el contrario, necesariamente debe adaptarse a los diferentes aspectos que lo permean; en otras palabras, es necesario que la contratación pública mute con el paso del tiempo y se adapte a las nuevas tendencias impuestas, en principio por el mercado y la globalización, pero también que haga frente a problemas, tales como la corrupción.

ABSTRACT

The contracting of the Public Administration has not been a peaceful topic at a global level, the reception —of the emblematic figure of private law— has meant

* Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Profesor e investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado en Bogotá D. C. Colombia. Contacto: Juan.exposito@uexternado.edu.co

a great challenge, not only for the Administration but for the doctrine and jurisprudence since the rules applicable to the matter have been transformed throughout the time. This is so since the state contract cannot be conceived as a static figure, but on the contrary, it must necessarily be adapted to different aspects that permeates it. In other words, public contracting needs to evolve over time and adapt to the new trends imposed, in principle by the market and globalization, but also to deal with problems such as corruption.

INTRODUCCIÓN

Sería imposible en la actualidad desconocer la necesidad de celebrar contratos por parte de la Administración Pública, toda vez que ella en dicha actuación está considerada como un sujeto que goza de capacidad, igual que los particulares, para gestar verdaderos negocios jurídicos y aún más en esta época en la que el contrato de la Administración se ha convertido en el centro de gravedad del derecho administrativo, desplazando al acto administrativo¹. En otras palabras la admisión de una categoría jurídica concreta, como lo es el contrato de la administración dentro del derecho público, es innegable y es lo que lo hace importante dentro de la nueva concepción de un derecho administrativo flexible sometido a nuevos cambios. Las múltiples funciones que a lo largo de estos últimos años han pasado a engrosar el quehacer estatal hacen de la tradicional estructura orgánica del poder público un armatoste insuficiente a la hora de dar cumplimiento eficaz a las diversas tareas —cada vez más complejas— que le han sido

1 En efecto, Cfr., Juan Carlos Expósito Vélez. “El juez de lo contencioso administrativo y el contrato estatal. técnicas del control judicial y poderes del juez frente al contrato”, en *Horizontes del contencioso administrativo, Tomo II, El contencioso administrativo jurisdiccional*, volumen 2.º *El contencioso administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 764 “[...] Junto a la relevancia que adquirió el derecho administrativo y, específicamente, el contrato estatal como medio para cumplir los fines y finalidades del Estado, siendo el centro de gravitación actual del derecho administrativo y el vehículo por antonomasia por medio del cual se satisface el interés general [...]”. Y en ese mismo sentido la aclaración de voto del Magistrado Guillermo Sanchez Luque en sentencia del 1.º de junio de 2020. Exp. 48945.

encomendadas, al punto de que la continuidad de sus servicios se verían seriamente amenazados de no contar con la colaboración permanente de los particulares y el mercado, institución otrora considerada como ajena a la esfera de lo público. Esta tesis ha sido reconocida por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

En general, es válido afirmar que la actividad de la administración está determinada por la realización de los fines que le son propios, no solo en cuanto a los genéricos del Estado, sino de aquellos concretos que le son asignados a cada estructura pública. La organización del Estado, los procedimientos, el reparto de competencias, la actuación material de sus agentes, etc., están concebidos para el cumplimiento de sus fines, como aparece en el artículo 2º de la Constitución Política.

[...]

Sin embargo, como en la actualidad el Estado ha optado por contratar con terceros expertos la realización de variadas actividades que antes desarrollaba directamente, y al hacerlo, se desprende también del personal y del conocimiento especializado sobre el tema [...].²

No obstante, es ese un dato que bajo las actuales circunstancias políticas, económicas y sociales resulta marginal porque, de todos modos, no es más que la constatación de una realidad inocua, cuya modificación —más que contribuir al alivio de las penurias y falencias de la organización estatal actual— implicaría el retorno a una problemática ya superada. Necio sería desconocer que la pretensión de que el Estado asuma la realización de la totalidad de funciones a su cargo mediante la acción directa de sus diferentes agencias sería como desconocer la amenaza de volver sobre los pasos ya superados del totalitarismo, construido sobre la base de una indeseable expansión desmedida y desproporcionada del tamaño del aparato estatal y de su burocracia, con las nefastas secuelas —ya conocidas— que ello acarrea sobre la economía y la sociedad en general.

2 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de agosto de 2019. Rad 1952.

De ahí que no quede más que admitir como realidad incuestionable la figura de los contratos de la Administración Pública como condición indispensable para el cabal cumplimiento de los fines estatales, para lo cual se precisa en los bienes y servicios que no siempre pueden ser autárquicamente provistos por agencias del Estado, hecho que hace necesario acudir al mercado en su búsqueda y termina por dar lugar a un proceso que, en un esquema de libertad como el que hoy rige nuestro sistema económico (artículo 333 de la Constitución Política Colombiana), es llevado a cabo mediante la actividad contractual de la Administración³. Entonces, la doctrina imperante sobre la materia admitía que la Administración no solo actuaba por medio de órdenes o imposiciones a los ciudadanos, sino mediante convenios en los que se obliga de la misma forma en que lo hacen los particulares: son los contratos de la Administración⁴. A decir de Marienhoff, para el cumplimiento de los fines administrativos el Estado, a través de la Administración Pública, actúa o puede actuar en dos formas distintas: ejerce por sí mismo la actividad respectiva o utiliza al administrado o particular para que colabore con él⁵.

3 En la actualidad, el mercado de compras públicas demanda anualmente, en promedio, más del 7% del producto interno bruto mundial, que equivale a todo el PIB de Latinoamérica y representa el 30% del comercio global. En Colombia, de acuerdo con el estudio más reciente elaborado por la OCDE en el año 2016, las compras públicas representan el 12,5% del PIB del país, y equivalen al 35,7% del gasto público, lo que implica estar por debajo del promedio mundial. Cfr., OECD. *Towards efficient public procurement in Colombia: Making the difference*, Public Governance Reviews OECD Publishing, París, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>. En Europa, los contratos públicos representan aproximadamente el 19,7% del PIB de la región. Cfr. *Public procurement indicators 2010*, del 4 de noviembre de 2011, en http://ec.europa.eu/internal_market/procurement/docs/indicators2010_en.pdf. No obstante, más recientemente se ha afirmado que representan el 18% del PIB. Cfr. J. José Pernas García. “Tendencia y novedades del derecho comunitario de la contratación pública: aproximación a la directiva 2014/24 de 26 de febrero”, en *La contratación pública en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 719.

4 Jaime Vidal Perdomo. *Derecho administrativo*, 12.^a edición, Bogotá, Temis, 2004, p. 303.

5 Miguel Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*, tomo. III–A, 4.^a edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 20.

Con todo, a pesar de la unanimidad y el consenso que puede existir hoy en torno a ella, se trata de una figura que no siempre ha gozado del mismo grado de aceptación, siendo el suyo un tortuoso y lento proceso evolutivo que le ha permitido alcanzar los actuales niveles de desarrollo y aprobación, fruto de su expansión generalizada y de la labor —ya más que centenaria— de una doctrina consagrada a la definición de sus rasgos propios, de un régimen que afirma su sustantividad, fruto de la cual apreciamos hoy la consolidación de un importante campo dentro de la disciplina del derecho administrativo como es el dedicado al análisis y estudio de los contratos estatales. Será esta, entonces, la temática sobre la cual se centrarán las líneas que siguen a continuación, en las que se pretenderá desenredar el hilo de la historia de tan singular figura, mencionando las diferentes etapas por ella atravesadas, para concluir con una breve mención del estado de cosas normativo vigente en la actualidad en Colombia y su relación con la evolución histórica de la figura.

I. LA RESISTENCIA INICIAL

No pocas fueron las dificultades que, bajo el influjo ideológico del liberalismo clásico, propio de los siglos XVIII y XIX, tuvo que sortear esta figura en sus inicios para poder alcanzar los niveles de aceptación y desarrollo de los que goza en la actualidad.

Para esta época, fruto de la separación tajante entre Estado y sociedad impulsada por dicha corriente ideológica, que en el plano de lo normativo se traducía en la dicotomía derecho público–derecho privado, la categoría jurídica de los contratos de la Administración Pública no era pacíficamente admitida. Tal resistencia se explicaba a partir de la idea, a la sazón imperante, que las relaciones en que intervenía el Estado se caracterizaban por la supremacía por este ostentada y que hacía de la desigualdad de la posición jurídica de los sujetos la nota característica de las relaciones disciplinadas por el derecho público; en contraste con las relaciones de derecho privado, primordialmente caracterizadas por la igualdad de las partes.

En tales condiciones era comprensible que la transposición al derecho del Estado de una figura propia —más aún, emblemática— del derecho privado, como los contratos, resultase un tanto problemática especialmente cuando se repara en la percepción secular según la cual las relaciones

contractuales se caracterizan fundamentalmente por desarrollarse en un plano de igualdad, idea que chocaba con la de supremacía ostentada por el Poder Público en sus relaciones con los particulares⁶.

Así, la idea de ver al Estado, depositario de la soberanía y, por lo tanto, jurídicamente irresponsable, situado en posición de igualdad con un sujeto privado era fuente de la resistencia de quienes estimaban inaceptable la figura del contrato de la Administración Pública, vinculada por tal vía al cumplimiento estricto de la *lex contractus*, de modo semejante a como lo estaría cualquier otro sujeto de derecho en tales circunstancias.

2. LA TEORÍA DE LA DOBLE PERSONALIDAD DEL PRÍNCIPE: LA SALIDA A LA ENCRUCIJADA DE LA SOBERANÍA

A pesar de la férrea oposición de un sector de la doctrina que se resistía a reconocer la existencia de una figura jurídica que supusiera la equiparación del ente soberano a un sujeto jurídico cualquiera, en una muestra más del poder normativo de lo fáctico, ante una realidad indiscutible como la desde entonces existente necesidad de las autoridades oficiales de celebrar contratos, el mundo del derecho se vio obligado a construir una teoría que permitiera sustentar jurídicamente la introducción de esta figura, vital —como ya se dijo— a efectos de posibilitar el cabal desarrollo de los fines y cometidos estatales y de amparar los derechos de los terceros negocialmente vinculados como colaboradores de la Administración Pública a la realización de tales fines.

6 Al respecto Miguel Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*, tomo III-A, 4.^a edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 25. Nota de nota Zanobini “corso etc.”, tomo 1, p. 213; Caetano. “Manual de direito administrativo”, Lisboa, 1965, pp. 298 y 300; Alessi. “Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano”, Milano, 1960, p. 293. “Siendo el Estado una entidad soberana, no se concibe que se vincule contractualmente supeditando el interés público a un interés privado. La desigualdad entre los sujetos intervinientes impediría la equivalencia jurídica de las voluntades, requisito indispensable para que las mismas se fundan constituyendo un acto jurídico único. De ahí que no se admitan otros actos jurídicos bilaterales entre entes públicos y los administrados que no sean contratos de mero derecho privado, en el que las partes aparecen colocadas en un pie de igualdad”.

Surgiría así en Alemania la llamada teoría del fisco o de la doble personalidad del príncipe, según la cual el Estado, en desarrollo de sus relaciones con los particulares, podía ostentar una doble condición como sujeto de derecho: como fisco se le reconocía personería jurídica y actuaba por medio de actos de disposición y administración de sus bienes, análogos a los efectuados por cualquier sujeto de derecho privado. Por tal causa, y por gozar de personería jurídica, podía el fisco demandar y ser demandado ante los tribunales ordinarios. Por otro lado, se encontraba el Estado que actuaba en su condición de ente supremo, depositario de la soberanía nacional, revestido del *imperium* propio del poder público, circunstancia en la cual sus actos y decisiones se traducían en actos unilaterales de poder o de mando, manifestaciones típicas del derecho público⁷. A decir de Gaspar Ariño Ortiz⁸,

[...] los que en Francia y en España se califica como contratos administrativos, son en Alemania, o bien actos necesitados de aceptación (esto es, del consentimiento del particular) como condición previa de validez y —o eficacia—, o bien contratos civiles propios del Fisco, de la Administración Fiscal “Fiskalische Verwaltung” y no de la Administración como Poder. Así son calificados, entre otros, los contratos de suministro de electricidad en un Municipio, de transporte público, contrato de obras (sic), contratos de suministros, contrato de alquiler y/o compra de inmuebles. La jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que todos ellos, incluso cuando dan lugar a una situación de monopolio o implican una ocupación del dominio público (caso del suministro de electricidad o del transporte urbano), siguen siendo relaciones de derecho privado, se someten, en principio, a las normas del derecho civil o mercantil y son competencia de los Tribunales ordinarios.⁹

En este orden de ideas, resulta indiscutible la importancia que para la figura de los contratos de la Administración Pública revistió el surgimiento de la

7 Fritz Fleiner. *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de la 8.^a edición alemana, Madrid, Editorial Labor, 1933, pp. 29 a 36.

8 Gaspar Ariño Ortiz. *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, tomo I, “El sistema contractual administrativo”, Granada, Comares Editorial, 2002, p. 15.

9 Fritz Fleiner. *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de la 8.^a edición alemana, Madrid, Editorial Labor, 1933, pp. 39 y ss.

teoría del fisco, por cuanto hizo posible el sometimiento del Poder Público a los jueces y, lo que es lo mismo, al derecho; logro alcanzado por medio de una ficción que permitió crear un centro de imputación jurídica —antes inexistente— en lo que al aspecto patrimonial de las relaciones del Poder Público respecta. Así, ante la ausencia de una regulación especial de derecho público que disciplinara este tipo de relaciones de la Administración, la remisión al ordenamiento privado y la atribución de la competencia para dirimir los litigios que pudieran llegar a presentarse al juez ordinario colmó el vacío existente en la materia y permitió, además, dar sustento teórico a la figura de los contratos por ella celebrados. Lo anterior permitió dotar esta peculiar modalidad de actuaciones del Poder Público de un bloque normativo capaz de dar la fijeza y certeza exigida en un Estado comprometido con la erradicación de la arbitrariedad (y, por lo tanto, con el respeto a los derechos de los particulares) a los actos de las autoridades.

3. EVOLUCIÓN DE LA FIGURA EN FRANCIA: ACTOS DE GESTIÓN Y ACTOS DE PODER, GÉNESIS DE LA DICOTOMÍA CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

Retomando las ideas inicialmente expuestas en Alemania sobre la doble personalidad del príncipe, pero partiendo del ideal revolucionario de sometimiento pleno de las autoridades al derecho y del surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez especial de la Administración, la doctrina francesa formularía una tesis semejante, fundada en la distinción de los diversos modos de actuación del Estado en cumplimiento de sus funciones. Distinción que tenía por objeto principal permitir determinar el régimen jurídico al que debían de someterse los diferentes actos por medio de los cuales se manifestaban las autoridades.

Así, siempre que la Administración obrara como titular del poder público —revestida del *imperium* que le confiere su condición de ente supremo— como depositaria de la soberanía. En otras palabras, en una posición superior a la de los demás sujetos de la relación jurídica entablada, sus actos habrán de ser catalogados como *de autoridad* y estarían sujetos al control judicial ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, cuando las autoridades obraban despojadas de su *imperium* para situarse en un plano de igualdad con los sujetos jurídicos ubicados al otro extremo de

la relación, actuando de conformidad con las reglas del derecho privado, se decía que se trataba de *actos de gestión*¹⁰, cuya competencia, en caso de que se suscitara alguna controversia, correspondía a la justicia ordinaria¹¹.

De este modo, puede decirse que, en los primeros, la Administración no perdía su condición de sujeto de derecho público y, en consecuencia, su actuación era producto de la titularidad y soberanía del poder público con que contaba. Era tan pura la naturaleza jurídica de estos actos que no había discusión en torno a qué jurisdicción correspondía la competencia en el evento en que se llegara a presentar un litigio, pues no cabía duda de que tenía que ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. En contraste, la categoría de los *actos de gestión*, concebidos como actuaciones realizadas por la Administración despojada de su *imperium*, situada en el mismo nivel de los particulares y en igualdad de condiciones con estos, suponía que ellos serían del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y habría de gobernarse por las reglas de derecho común.

En esta última categoría de actos entrarían los contratos celebrados por las autoridades públicas, sin importar la materia a tratar; de suerte que, en principio, estos contratos —actos de gestión en cuanto acuerdos de voluntades— resultaban ajenos al derecho administrativo, y presentaban una connotación eminentemente *ius civilista*.

10 Juan Carlos Expósito Vélez. “Concebidos como las actuaciones realizadas por la Administración despojada en su ser de su *imperium*, colocada en el mismo nivel que los particulares y en igualdad de condiciones. Estos, por supuesto serían del conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria”. En *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, reimpresión corregida y aumentada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 113. En igual sentido, para Laférriere, en “los contratos, bajo esta clasificación de los actos de la Administración, constituían el tipo denominado actos de gestión, dentro de los que entrarían los contratos sin importar la materia a tratar”, en *Traité de la jurisdiction administrative*, 2.^a edición, París, 1896, pp. 587-588.

11 Georges Vedel. *Derecho administrativo*, traducción de la 6.^a edición francesa, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pp. 64 y 65. Con excelente tratamiento se puede verificar el análisis del Maestro Gaspar Ariño Ortiz. *Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas, tomo I, El sistema contractual administrativo*, Granada, Comares Editorial, 2002, pp. 20 y ss. En el mismo sentido, Juan Carlos Expósito Vélez. *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 113.

Sin embargo, razones políticas de peso y el imperativo dictado de la conveniencia llevaron a que algunos de los contratos celebrados por la Administración fueran sustraídos del conocimiento de la jurisdicción civil para ser atribuidos directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, a juicio de algunos autores, como Villar Palasí, la determinación de excluir ciertos contratos de la competencia de la justicia ordinaria tuvo como principal fundamento la consideración de que era este “un medio de excluir a la Administración del fuero común y librarla del yugo de los tribunales ordinarios”¹². Esto, por cuanto, como se recordará, la jurisdicción de lo contencioso administrativo nació de la enorme desconfianza que tras la Revolución francesa sintieron los burgueses del poder judicial tradicional, integrado por personas vinculadas al *ancien régime*; desconfianza que llevó a que, por temor a que adoptase posiciones contrarias a las reformas y a los procesos revolucionarios en curso, se privara a la justicia ordinaria de conocer de litigios en los cuales era parte la Administración.

Así las cosas, el reparto de competencias efectuado por el legislador, en virtud del cual el conocimiento de las controversias atinentes a un grupo específicamente determinado de contratos correspondía al juez especial de la Administración, al paso de que los restantes (competencia residual) eran de conocimiento del juez ordinario, significó la introducción de una nueva clasificación de las relaciones negociales del Poder Público: contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración.

Ahora bien, aun cuando de manera uniforme se acepta la existencia de diversos tipos de contrato, no existe todavía consenso dentro de la doctrina que se haya ocupado del tema en torno al fundamento de dicha clasificación. Así, por ejemplo, en opinión de un autorizado sector, encabezado por el profesor Eduardo García de Enterría, no era esta más que una simple clasificación fundada en una consideración meramente formal, más práctica que esencial, que tenía como punto de partida la decisión del legislador, por lo que existía un juez distinto para cada una de las posibles hipótesis. Así nos hallaríamos ante contratos administrativos, siempre que la competencia para conocer sus controversias estuviera legalmente radicada en el juez de lo contencioso administrativo; y ante contratos de derecho privado de la Administración si el

12 José Luis Villar Palasí. *Lecciones sobre contratación administrativa*, Sección de Publicaciones Universidad de Madrid, Madrid, 1969, pp. 15 y 16.

conocimiento recaía en cabeza del juez común. Empero —sostienen quienes argumentan en este sentido—, en ambos casos las normas materiales aplicables eran las mismas, a saber: las de derecho privado¹³.

De otra opinión son quienes, con argumentos igualmente sólidos, defienden desde el origen mismo de la institución la tesis de la sustantividad de los contratos de la Administración Pública. Así, por ejemplo, a juicio de Gaspar Ariño Ortiz, la formulación que pretende reducir tan especiales vínculos negociales a una simple modulación de la figura propia del derecho común, fundada esencialmente en la designación de un juez diferente para dilucidar las controversias suscitadas a su alrededor, desprovista de todo contenido material, además de hacer caso omiso de las profundas excepciones al régimen de derecho común al que fueron sometidos los contratos como los de suministro al ejército, venta de bienes nacionales o de concesión (los cuales fueron inicialmente asignados al conocimiento del juez de la Administración), ignora las razones de fondo que llevaron al legislador a inclinarse por adoptar una decisión “práctica” como la de separar jurisdicciones para que asumieran el conocimiento de tales contratos. Algo más sustancial tenía que existir —dice Ariño Ortiz— detrás de esta determinación soberana del Parlamento para justificar la consagración de dicho fuero. Y ese algo más es precisamente la especial relevancia política que para la vida del Estado y de la sociedad, en general, revestían las prestaciones envueltas en tales contratos,

lo cual —sostiene el mencionado autor— exigía una protección especial de aquellas operaciones (venta de bienes nacionales, suministros al ejército, obras públicas, servicios públicos) que no podían verse frustradas o puestas en peligro por las rigideces y el sistema de garantía que ofrecía el Derecho común.¹⁴

13 Eduardo García de Enterría. “La configuración del recurso de lesividad”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 15, septiembre-diciembre 1954, p. 112 y “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 41, mayo-agosto de 1963, p. 101. Esta posición también es sostenida por José Ramón Parada Vásquez. *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1963.

14 Así, en su Estudio preliminar a la obra de Juan Carlos Expósito Vélez *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 50.

En este orden de ideas, si bien es cierto que por medio de argumentos semejantes es posible romper la idea tradicional según la cual la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración no constituye nada distinto a una clasificación meramente formal, debe concederse, como lo hace el propio Ariño Ortiz, que una línea argumental semejante también permite poner en evidencia el carácter circunstancial y relativo de la figura del contrato administrativo. Este pasaría, por tal virtud, a convertirse en otro ejemplo de concepto jurídico indeterminado. Lo anterior, porque su definición en abstracto resultaría imposible, lo que es, entonces, tarea del legislador precisar y determinar el contenido de esta expresión en cada momento histórico, la cual habrá de desarrollar a partir de la importancia circunstancial de la prestación envuelta en cada figura contractual. En estas condiciones, como lo afirma el mismo autor,

[I]a calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativas.¹⁵

Sea como sea, será hasta más adelante, con la consolidación de la teoría del servicio público, que los contratos administrativos alcanzarán un punto en el que adquirirán un fundamento material incontestable y concreto, que permitirá desvirtuar la idea según la cual, como lo afirma García de Enterría¹⁶, la singularidad de esta figura estaba dada únicamente por la particularidad de su régimen jurisdiccional.

15 Gaspar Ariño Ortiz. “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007, pp. 79-102.

16 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, tomo I, duodécima edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2004, p. 690.