

CONTRATACIÓN ESTATAL COMPARADA CON ARGENTINA

HAROL ALEXANDER ALARCÓN QUIROGA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

El presente artículo es consecuencia de una exploración académica con tinte netamente jurídico, siendo su objetivo principal abordar la contratación estatal en Argentina comparada con nuestro sistema, para lo cual se tiene como premisa la realización de un bosquejo histórico de los sistemas de contratación con el consecuente desarrollo del esquema contractual vigente; asimismo, un breve análisis del marco jurídico que regula la actividad para poder así entender el nuevo panorama que en la materia se da en concreto con relación a las ventajas y desventajas de la regulación contractual colombiana.

Palabras clave: contratación estatal, licitación, proceso, adjudicación, procedimiento, actos administrativos.

El autor: Docente investigador, Universidad Católica de Colombia; abogado, especialista en Derecho Probatorio, Derecho Penal, Ciencias Forenses, Derecho Administrativo y Constitucional; profesor universitario; consultor jurídico. [haalarcon@ucatolica.edu.co]

Recibido: 28 de abril de 2010; *evaluado:* 18 de mayo de 2010; *aceptado:* 4 de junio de 2010.

ARGENTINA SYSTEM COMPARED WITH GOVERNMENT CONTRACTING

HAROL ALEXANDER ALARCÓN QUIROGA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This article is the result of a clearly academic exploration legal tinted, and aims to address major government contracts in Argentina compared with our system, for which it is premised on the realization of a historical sketch of procurement systems with the consequent development of the existing contractual framework; also, a brief analysis of the legal framework that regulates the activity and to understand the new landscape that the matter is given specifically in relation to the advantages and disadvantages of contractual regulation Colombia.

Keywords: recruitment, state, tender, process, award, procedure, administrative acts.

The author: researcher Professor Universidad Católica de Colombia, a lawyer specializing in Law of Evidence, Criminal Law, Forensic Sciences, Constitutional and Administrative Law; university lecturer and legal consultant. [haalarcon@ucatolica.edu.co], [harol_alexander@yahoo.es]

Received: April 28, 2010; *evaluated:* May 18, 2010, *accepted:* June 4, 2010.

Introducción

La presente investigación tiene como objeto analizar y establecer que los contratos del Estado, conocidos como “contratos de la Administración o contratos estatales”, de Argentina y Colombia, están regidos esencialmente por el derecho público, con un régimen jurídico especial y en algunas ocasiones único. Estableciéndose específicamente que no todas las formas de régimen de contratación estatal a nivel internacional son similares al momento de la selección del oferente, sino que surgen diferentes modalidades de contratación en lo que respecta a la etapa previa, durante y posterior al contrato estatal. Para ampliar este punto es necesario enunciar que desde que el Estado viene desarrollando las necesidades de la sociedad, como fin único de la Administración, ha tenido que recurrir a la elaboración de contratos, bien sea con personas naturales o jurídicas, para lo cual la solución más idónea ha sido la realización de contratos administrativos o “contratos estatales”, ya que éstos son la herramienta jurídica necesaria para el impulso de los cometidos, y que por su categoría requieren de procedimientos especiales con el fin de brindar seguridad tanto en su elaboración como en la ejecución, regulando libremente los intereses estatales en beneficio de la sociedad.

En ese orden de ideas surge un problema jurídico, por cuanto es relevante establecer las formas de entender este tipo de contratos de derecho público, no sólo en el ámbito nacional, sino internacional, con el fin de establecer las ventajas y desventajas de la contratación estatal en Colombia. Así mismo, es de particular trascendencia el régimen jurídico aplicable y las secuencias procedimentales que darán lugar a la selección del particular contratante.

Finalmente, se tiene como objetivo principal en esta investigación sobre las etapas precontractual, contractual y poscontractual de los contratos estatales en ambos países, que en este mundo globalizado los contratos estatales se vienen reglando particularmente según normas dictadas por los organismos suministradores de créditos, y esta interacción conduce cada vez más al Estado a que las regulaciones internas en materia de contratación estatal contengan parámetros extranjeros que resultan aplicables conforme a los lineamientos del derecho internacional privado. Por esto, el presente estudio de la regulación de los contratos estatales no se agota en la legislación interna; es necesario conocer otros sistemas jurídicos, así como legislaciones pertenecientes a ellos, para poder tener elementos de juicio suficientes a la hora de celebrar y determinar el contenido de contratos que resulten regidos por legislaciones diferentes a la colombiana. De allí surge lo que podemos deno-

minar contratos estatales de derecho internacional, incluidos los materializados vía Internet que, hoy más que nunca, se materializan en nuestro país, por la necesidad de transparencia y celeridad de éstos, conforme se establece en nuestro actual régimen de la contratación estatal.

Reseña histórica

Como hito de lo que es la contratación administrativa, es necesario traer un esquema del proceso evolutivo a través del cual se llega a la licitación pública. Es pues así que a lo largo de la historia se observa que en sus inicios la Administración Pública funcionó más bien como un mecanismo meramente opresor y al servicio del monarca, sin someterse a las normas jurídicas naturales, para finalmente, con aquellos hechos de relevancia dentro de los derechos de la colectividad, da paso a lo que se considera los inicios de la contratación estatal.

Antecedentes. La oposición o puja de ofertas, como técnica pública-contractual, es conocida y usada desde la Antigüedad; es así como se encuentra en el derecho romano la utilización, como regla general, del procedimiento de la licitación pública para las contrataciones del Imperio, o Estado. Desde los primeros albores el botín obtenido era ofrecido públicamente a los mejores oferentes, y en el lugar donde iba a realizarse la venta se plantaba en “asta” el arma de guerra y a la vez la insignia real. De ahí procede el término “subasta”, con el que muchos países designan el procedimiento de la licitación.

Consecutivamente, se popularizó la venta en “asta pública”, efectuándose así todas las ventas de bienes, conforme lo establecía el *Código* de Justiniano. Después el procedimiento se hizo aplicable también a los contratos de obras públicas; el censor, encargado de dirigir la contratación de ellas, era quien tomaba las medidas acordes para la “fórmula del contrato” (*lex censoria*), es decir, el correspondiente a los pliegos de condiciones, sobre la cual se cotejaba la subasta pública (*licitatio*). El censor realizaba de manera discrecional la adjudicación, pudiendo excluir, a su juicio, aquellas personas que no fuesen idóneas o que hubiesen dejado inconclusos contratos previos. En razón a la garantía a constituir por los oferentes, ésta podía consistir en fianzas personales o hipotecas sobre los fundos propios (*praedes, praedia*).

Posteriormente a la caída del Imperio romano, en la Edad Media se da origen al sistema de subasta denominado “a mata candela”, consistiendo éste en recibir ofertas para alguna obra de importancia, durante el tiempo que ardía una vela, siendo

inmediatamente adjudicada a quien hubiera ofrecido ejecutarla por el menor precio. En Francia, a mediados del siglo XVI, se encuentran ordenanzas disponiendo que las obras públicas se hicieran por licitación. En el siglo XVII, a Colbert se le consideró el más celoso defensor del principio de la licitación pública. En concordancia con lo enunciado, y a raíz de la Revolución francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello genera una consecuencia fundamental: la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas.

Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas (ordenanzas), sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación por la Administración.

De otra parte, en Italia, consecuentemente, se reglamenta minuciosamente el procedimiento de la licitación pública en las leyes y decretos sobre contabilidad general y administración del patrimonio del Estado, siendo éste un régimen más armónico. Una situación similar ocurrió en España y Portugal.

En aquellos primeros momentos del derecho administrativo no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad.

En este punto surge una pregunta: ¿cómo surgieron los contratos administrativos dotados de una regulación distinta a la de los privados? Aparentemente, fue necesario que surgiera un proceso de evolución profunda en el que, a partir de un grado muy reducido de intervención administrativa, se evoluciona hacia un volumen muy elevado de actos públicos relacionados con el funcionamiento de la sociedad, y cuyos períodos más significativos fueron los siguientes:

Originariamente, el Estado moderno, nacido de la Revolución francesa, era tenazmente liberal, lo cual resulta de la mínima participación posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, de la mano de la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo surgir lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó al extremo la explotación de los ciudadanos, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles, como lo fue el surgimiento de elementos prerrevolucionarios, en reacción al liberalismo

capitalista, que propugnaba el predominio de los intereses generales del Estado sobre los particulares.

Tras estos brotes prerrevolucionarios la concepción del Estado evoluciona hacia lo que hoy se conoce como Estado social de derecho, es decir, un Estado que tiene como objetivo el bienestar de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo la infraestructura social del país y el entramado económico y, por otra, su intervención en la corrección de desigualdades sociales, brindando un mayor servicio a los ciudadanos.

Este importante y progresivo incremento de las actuaciones del Estado provoca, cada vez más, en la Administración Pública, una mayor utilización de la contratación como fin particular para la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se institucionalizan, surgen de manera concreta los contratos administrativos, desligados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las singularidades funcionales de la Administración como organización, y las singularidades derivadas del interés público y de la posición dominante de ésta.

Para concluir con este breve relato, puede afirmarse que tanto en el derecho romano, como en los demás países, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar el instituto de garantías de los intereses del Estado, mediante una regulación de la contratación estatal.

Antecedentes legislativos en Argentina. Es importante establecer, ante todo, que la normatividad de las licitaciones ha sido y es aún, en su mayoría, administrativa; en pocas palabras, ha sido creada por reglamentos y decretos del poder ejecutivo con el plausible propósito de introducir la máxima corrección y moralidad posibles en las contrataciones del Estado. A pesar de todo, ha habido un desatino en la forma de establecer las disposiciones legales y administrativas sobre licitaciones públicas, toda vez que con la mayoría de los actos administrativos se ha requerido resolver cuestiones parciales y del momento, sin encararse el problema en su conjunto. De ahí que, pese a existir un sinnúmero de leyes y decretos sobre esta materia, no haya una reglamentación de carácter general.

Es pues, así, que encontramos un gran número de disposiciones legales que imponen sucesivamente el requisito de la licitación pública. En primer orden se puede

establecer la ley de noviembre 3 de 1829, la cual fue reglamentada por el poder ejecutivo en decreto de noviembre 12 de 1831; en esta ley se estableció: “[...] todas las obras que debieran construirse [sic] se harán por remates públicos...” (art. 2º), y refiriéndose a la forma de adjudicar la licitación determinaba que debía de aceptarse la propuesta que presentase “más ventajas a los fondos públicos” (art. 3º). Posteriormente se promulga la ley de junio 25 de 1860, con la cual se reafirma el principio de la obligatoriedad de la licitación en la realización de toda obra pública: “[...] toda obra pública que sea costeada por las rentas generales o por las de cada departamento se hará por remate, a propuestas cerradas...” (art. 1º). Subsiguientemente, el decreto de febrero 6 de 1911 establece una vez más los casos en que debía recurrirse a la licitación pública, y fijando normas bastante precisas para su tramitación; así mismo, declara obligatoria la licitación “para toda obra como para toda compra o venta, cuyo importe total o anual exceda de quinientos pesos en la capital y de doscientos en los departamentos [...]” (art. 1º).

Siguiendo el orden cronológico, preciso es citar el pliego de condiciones generales que rige para la construcción de obras públicas por licitación, aprobado por el Poder ejecutivo el 24 de julio de 1913, el cual fue modificado por resolución del Consejo Nacional de marzo 5 de 1929, constituyendo uno de los textos legales de mayor importancia en la materia. El 15 de julio de 1936 el poder ejecutivo dictó otro decreto, siendo los principales puntos tratados en él la obligación del proponente de asegurar al personal en el Banco de Seguros y preferencias al producto nacional frente al extranjero y de los proponentes con casa establecida en el país frente a los que hicieran ofertas por comisionistas o representantes.

Al margen de las disposiciones generales sobre licitación pública, es importante exponer que el 13 de octubre de 1870 se sancionó la ley 428, primera *Ley de Contabilidad Nacional*, que dio un significativo aporte en materia de contrataciones estatales y fue en gran medida antecedente directo de la ley 775 de Obras Públicas. De otra parte, la ley 428, en sus artículos 32 a 36, estableció el remate público como regla general para los contratos del Estado.

Por otra parte, la ley 775, sancionada el 17 de julio de 1876, fue la primera Ley Nacional de Obras Públicas, y rigió hasta el 13 de octubre de 1947, fecha en que entró en vigencia la ley 13064. La citada ley 775 disponía sobre el procedimiento de la licitación pública, en el art. 3: “De acuerdo con lo previsto por la Ley de Contabilidad del 26 de septiembre de 1870, las obras que se ejecuten por cuenta de la Nación deberán contratarse previa licitación pública, salvo en los siguientes casos [...]”.

Como se observa en el precitado resumen de disposiciones legales, siempre se buscó imponer que la contratación estatal o administrativa estuviese regida a través de la licitación pública.

De otra parte, en relación con el tema en estudio debe tenerse presente que, sin perjuicio de ser el Estado, en general, la parte sobresaliente, se autolimita mediante la regulación que de él emana y que debe cumplir en virtud del Estado social de derecho.

Metodología

Se utilizan dentro del presente artículo como parámetros de la investigación, el análisis descriptivo y la síntesis, siendo éstos, mecanismos que permiten conocer a profundidad el tema objeto de análisis; de igual manera, se utilizan como parámetros el deductivo-inductivo y la amplia revisión bibliográfica; y, se analiza todo lo relacionado con la contratación estatal, donde se tiene como hito el contrato a manera de modelo de desarrollo económico, estableciéndose concluyente a la hora de hablar de los mecanismos de cumplimiento de las entidades estatales.

La contratación estatal o licitación pública en Argentina

Generalidades

En el derecho argentino, en general, el principio es la licitación pública, por cuanto el poder ejecutivo estableció que todo contrato se celebrará mediante este procedimiento cuando de él emanen gastos de funcionamiento o de inversión del erario público, y por remate, cuando se deriven entradas o recursos. Se destaca dentro de este enunciado que el procedimiento de remate goza de la misma jerarquía de la licitación cuando existan entradas o recursos para el Estado en sentido amplio. Y dispuso el ejecutivo que las contrataciones que contravengan estas disposiciones son nulas.

De acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior el principio es, en general, el de la licitación pública. Sin embargo existen excepciones establecidas expresamente y que son de interpretación estricta, por lo que no se permiten extensiones analógicas.

Dentro de las excepciones a los principios de la contratación administrativa en Argentina encontramos, inicialmente, en razón de la cuantía, respecto de la cual debe

tenerse presente la imposibilidad de fraccionamiento, entendiéndolo como aquel que acontece, por ejemplo, cuando a sabiendas de que el servicio será necesario por un tiempo determinado, se contrata por un plazo inferior para que la contratación ingrese en determinado supuesto, compra directa o licitación abreviada; posteriormente se vuelve a contratar, y así sucesivamente, hasta que el plazo de cumplimiento sea el inicialmente concebido. Si existe un cambio sustancial del objeto no habría fraccionamiento aunque se contrate, por ejemplo, a la misma empresa.

Otra excepción es la compra directa, que se realiza cuando la Administración selecciona a su contraparte directamente si la operación no excede de un monto que se reajusta periódicamente. De esta excepción se excluyen a los entes autónomos y de servicios descentralizados industriales y comerciales, a los cuales se les establece un límite superior, contratación que se hará mediante la licitación abreviada.

Finalmente, en lo que respecta a la contratación de profesionales y técnicos, en régimen de arrendamiento de obra, cuando el monto anual exceda el doble del límite de la contratación directa se efectuará por concurso de méritos y antecedentes. Sin embargo, se podrá contratar directamente por cualquier monto y con autorización del ordenador primario, si su competencia o experiencia notoria es debidamente probada, lo cual hace innecesario el concurso.

Concepto

Ahora bien, es importante establecer un concepto claro sobre lo que es el contrato estatal o el negocio jurídico de derecho público, para lo cual se puede traer a colación de manera abreviada que es un pacto creador de relaciones y efectos jurídicos, como lo son los derechos y obligaciones de las partes contratantes, identificado por el acuerdo de voluntades entre la entidad estatal y el particular.

En concordancia con lo enunciado, se establece que el contrato estatal tiene varios elementos que lo caracterizan:

- a) El objeto del contrato, es decir, la razón de ser de éste: son los servicios públicos y las obras, cuya prestación y realización constituyen los fines de la Administración, y
- b) La participación de la entidad en ejercicio de la función estatal.

Se puede concretar con estos elementos que el contrato estatal es aquella declaración bilateral o de voluntad común, creadora de consecuencias jurídicas entre dos

personas de carácter natural o jurídico, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. De igual manera, desde 1947 la Corte Suprema de Justicia expresó: “El contrato, ya sea de carácter administrativo o de derecho privado, es un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones, en cuya formación necesariamente deben concurrir dos partes contratantes, pues es imposible concebirlo como el acto de una sola persona”.¹

De otra parte, se encuentran disímiles nociones o denominaciones sobre la licitación pública, siendo la más concreta la de que esta forma de contratación es un conjunto de procedimientos administrativos —legales y técnicos— que invitan a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas en un pliego de condiciones, sobre la base de una justificación de idoneidad técnica, financiera y ética de los intervinientes, para que formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará la oferta más conveniente o ventajosa para la Administración, con el fin de realizar la adquisición o llevar a cabo la enajenación de bienes, o la prestación de servicios o ejecución de obras.

Del precitado concepto se puede extraer como elemento *a priori*, que es un procedimiento, es decir, una secuencia de hechos y actos administrativos. La licitación pública es un procedimiento tendiente a seleccionar al contratante, y se rige por principios propios. No es el contrato mismo, sino una forma más para escoger al contratante. Esto es así porque permite que las entidades públicas puedan, en determinados casos, contratar mediante otras modalidades, como la contratación directa y la licitación abreviada; es una invitación a participar en un contrato que permite lograr los fines de la entidad. De acuerdo a las bases preestablecidas, el objeto es obtener la oferta más beneficiosa.

La licitación pública en concreto

Se debe excluir la idea de que la licitación pública es un contrato² o un acto unilateral administrativo, por cuanto a éste le falta el acuerdo de voluntades y la Administración aún no decide la relación a surgir con el particular. Por lo tanto, cuando se hable del contrato que nace de la licitación debe entenderse que esta figura comprende los diversos acuerdos que puedan nacer de ella.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de octubre de 1947, LXIII, p. 57.

² En la contratación administrativa en Argentina, se debe establecer que por licitación pueden celebrarse negocios jurídicos que no son contratos, como por ejemplo: concesiones.

Asimismo, como se observará más adelante, la licitación es la suma de varios actos compuestos, es decir, un conjunto de actos, siendo en nuestra opinión un procedimiento, por cuanto son elementos primarios la confección y publicación del pliego de condiciones, la presentación de las propuestas por los interesados, la admisión de éstas y la adjudicación; y es de este conjunto o procedimiento que nace el vínculo contractual.

Desarrollo de una licitación pública en Argentina

Premisas. Conforme afirma Sayagués Laso, en Argentina los tratadistas de derecho administrativo poco han estudiado la licitación pública, y menos atención aún le han dedicado al problema concreto de su naturaleza jurídica, limitándose las más de las veces a la exposición y crítica de las disposiciones legales vigentes.³ Como se dijo al principio de este escrito, la pluralidad de disposiciones legales crea incertidumbres, por eso se evidencia el escaso análisis frente al tema, y los pocos que han ahondado en la materia, consideran la licitación pública de manera determinada y no en abstracto.

Principios

Sin perjuicio de la aplicación de los principios del derecho administrativo contractual en general, y subsidiariamente del procedimiento administrativo común, existen otros que conforman la licitación.

Habitualmente las normas jurídicas expresan los principios generales aplicables al tema correspondiente. En la práctica éstos obran como cimiento fundamental de los procedimientos, aplicándose en la interpretación e integración del resto de los preceptos, pero la existencia de un principio general restringe a la entidad estatal al actuar de conformidad con él.

Dentro de los principios de la licitación pública se pueden destacar:

La igualdad en los oferentes. Este prohíbe cualquier tipo de preferencia respecto de un licitante en particular. Por tanto se establece la acción de nulidad en el procedimiento en el caso de establecerse cláusulas o especificaciones que sólo puedan cumplirse por parte de un oferente.

³ SAYAGUÉS, Laso Enrique. La licitación pública. Obra actualizada por los profesores Daniel Hugo Martins y Rubén Flores Dapkevicius. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 29.

El cumplimiento estricto de los pliegos de condiciones. Éstos son documentos que formarán parte del contrato a celebrarse y, por eso, son ley entre las partes. Por lo expuesto, la Administración y los licitantes deben cumplir estrictamente las reglas que en ellos se establezcan. En ese sentido la Administración debe rechazar las propuestas que se aparten de los pliegos.

El equilibrio financiero del contrato. Las partes, al celebrar un contrato estatal, cuantifican beneficios que conforman la ecuación económica. Ese equilibrio debe mantenerse durante la ejecución del contrato.

La oferta más ventajosa. Este principio emana de la aplicación conjunta de los criterios de selección de la oferta más ventajosa. Por lo expuesto, el precio es sólo un criterio de selección.

La publicidad. La publicidad en la etapa licitatoria se refiere especialmente, respecto de los pliegos y al llamado a presentar propuestas. Todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad que la Administración posee en la elección de los medios razonables para llevarla a la práctica.

Trámite

La licitación pública es un procedimiento que comprende una serie de etapas, a saber:

- Etapa precontractual
 1. Partida o asignación presupuestaria.
 2. Convalidación o autorización para contratar.
 3. Llamado a licitación con base en un pliego de condiciones elaborado por la Administración.
 4. Presentación de las propuestas por parte de los particulares.
 5. Apertura de las propuestas presentadas.

- Etapa contractual
 6. Adjudicación de la licitación.
 7. Celebración del contrato (cuando así corresponda).
 8. Etapa poscontractual
 9. Terminación y liquidación del contrato (cuando así corresponda).

Etapa precontractual

Es un procedimiento complejo que se descompone en varias etapas para la formación de la voluntad administrativa:

Partida o asignación presupuestaria. Los contratos que generan gastos a cargo de la entidad estatal suponen la preexistencia de disponibilidad presupuestal, es decir, partidas que están regularmente abiertas en el presupuesto y que son suficientes para cubrirlos, para lo cual el jefe de presupuesto de la entidad certifica que dicho rubro existe.

Convalidación o autorización para contratar. La licitación pública no puede ser llevada a cabo sin la respectiva autorización o convalidación, la cual es una condición *sine qua non* para que el contrato sea válido por cuanto si la adjudicación se hubiese ejecutado de manera irregular el resto de los oferentes pueden pretender la resolución del contrato suscrito o una indemnización.

El pliego de condiciones. En primer lugar, es el llamado a licitación previa con base en la preparación del pliego de condiciones, siendo éste el conjunto de preceptos que establecen el objeto de la necesidad de la licitación y determinan los derechos y obligaciones de los que intervengan en la licitación, a cuyo tenor deberá sujetarse todo el procedimiento.

El pliego de condiciones debe ser aprobado por las autoridades competentes, para posteriormente invitar a los interesados a presentar sus ofertas.⁴

La presentación de propuestas. Éstas se deben realizar en el día y sitio indicado en el pliego de condiciones, y acudirán todos aquellos interesados que estén en condiciones de efectuar el suministro o realizar la obra, presentando sus ofertas ante la autoridad administrativa correspondiente.

Las propuestas se formulan de manera común por escrito y en sobres cerrados que son abiertos a la hora fijada y simultáneamente, en presencia de los ofertantes, para

⁴ En algunos casos se debe contar con el concepto de un órgano consultivo, mientras que en otras ocasiones se requiere de un concepto facultativo, por cuanto la invitación se puede hacer abierta a todos los que deseen presentarse y posean las condiciones previstas en el pliego, encontrándonos frente a una licitación pública; pero en otros eventos nos podemos hallar ante una licitación restringida al solamente invitarse a determinadas personas, seleccionadas previamente por la Administración.

posteriormente pasar las propuestas a estudio de los organismos técnicos, encargados de asesorar a la autoridad administrativa competente.

Es de resaltar que no siempre el procedimiento es exactamente igual; a veces, la adjudicación se realiza de manera inmediata al terminar la apertura de las ofertas, declarándose adjudicatario al que propuso el precio más bajo.

Los elementos determinantes sobre el proceso adjudicatario presentan algunos excluyentes de esta última modalidad, como pueden ser: las características técnicas del producto a suministrar, plazos de entrega, forma de pago, entre otras, por tanto la adjudicación se ve sometida a un minucioso estudio de las ofertas.

Etapa contractual

La adjudicación. Como ya se dijo, vencido el plazo para la presentación de las propuestas se fija un día de apertura de todos los sobres y se elige la oferta más ventajosa. La Administración tiene la facultad de apreciación discrecional en cuanto a la mejor oferta, siendo ésta la que no presente observación alguna, es decir, que se halle acorde a lo establecido en el pliego de condiciones; la selección se hace por parte de los organismos técnicos de la entidad administrativa.

El acto de adjudicación es la manifestación abierta y pública de la Administración de aceptar la propuesta más ventajosa, y a partir de este momento los ofertantes quedan en libertad de acción, en el caso de considerar o hallar elementos que van en detrimento de sus propuestas.

Como en el anterior punto, hay una excepción a la regla, toda vez que no siempre los procesos de adjudicación son tan simples, ya que a veces, cuando se trata de determinados contratos de considerable importancia, se debe contar con la venia del poder legislativo y, en algunos casos, con el visto bueno de otros órganos administrativos, siendo esas declaraciones de voluntad las que se complementan mutuamente.⁵

⁵ Sobre este tema, el de los actos administrativos complejos, especialmente referidos a la decisión de adjudicación, es relevante ver, entre otros, a Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padua, 1936, pp. 234 y ss.

Supuestos de selección

Dentro de los supuestos de selección se pueden nombrar los siguientes:

Licitación privada o restringida. Es un procedimiento de excepción, donde el número de oferentes es limitado, y se refiere a aquella en que la Administración restringe discrecionalmente la lista de candidatos que se admiten para hacer propuestas por razones de buena administración.

Tratado privado o contrato directo. El derecho positivo argentino permite en algunos supuestos recurrir al procedimiento del trato privado o licitación privada, que se autoriza para el caso de obras públicas (ley 13064, art. 9).

El contrato, una vez perfeccionado, tiene fuerza obligatoria para las partes. Surgen obligaciones *intuitu personae*, que comprometen al particular solamente.

Recursos contra la decisión de adjudicación

Los solicitantes pueden exigir que la Administración realice la adjudicación respetando el pliego de condiciones y demás normas concordantes que regulan el procedimiento, pero ante todo se resalta el hecho de que no toda irregularidad invalida la adjudicación, por ser éstas de poca trascendencia y no influir en la igualdad de los oferentes; es la orientación que impuso el Consejo de Estado francés desde principios del siglo XX, buscando siempre “cuál ha podido ser la influencia de la violación de las formalidades, sobre el resultado de la adjudicación”.⁶

La decisión de adjudicación puede ser impugnada por los oferentes a través de los recursos administrativos procedentes y luego, en vía jurisdiccional de anulación, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; en el caso de proceder la nulidad de lo actuado se puede proceder a la reparación patrimonial ante el poder judicial. Es de resaltar que en Argentina la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se ve afectada por el perfeccionamiento del vínculo contractual.

Generalidades sobre la ejecución del contrato

Se puede establecer, de manera general, que toda la actividad administrativa es formal, ya que tiene la satisfacción del interés colectivo y que en algunos casos

⁶ Consejo de Estado, 30 de marzo de 1906. Ballande, en Recueil, conclusiones Romieu, p. 231.

no puede comenzar a formarse la voluntad administrativa sin la previa sanción de una ley.

De manera concreta se puede determinar que son todos los actos administrativos los que conllevan al fin social establecido.

De otra parte, como se ha enunciado a lo largo de la presente investigación, los contratos que realiza la Administración esbozan diferencias con los de carácter privado, esto debido a la actuación de los organismos y el fin que se persigue, contraposiciones que se evidencian claramente en la ejecución de los contratos por estar sometidos a un régimen jurídico diverso, situación que impide formular reglas generales detalladas aplicables a la ejecución de todos los contratos, por cuanto la forma de cumplimiento varía sensiblemente de unos a otros, pues no es posible regular la ejecución de las concesiones de servicio público de la misma manera que la de los contratos de suministro o de venta sobre cosas muebles.

Principios de la ejecución de los contratos

Cumplimiento estricto del contrato. El particular contratante debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que entre los particulares, por estar comprometidos intereses públicos. De igual forma, es preciso considerar que el contratante ha de cumplir personalmente sus obligaciones, no pudiendo transferir el contrato ni delegar su cumplimiento en terceros, salvo que exista autorización expresa.⁷

Dirección del contrato. El poder de dirección que ostenta la Administración es muy variado, según el tipo de contrato; por ejemplo, en las concesiones de servicio público este poder es muy amplio,⁸ lo mismo que en los contratos de obras públicas, mientras que en los de suministros aparece más limitado, y en otros es más reducido aún.

Sanciones. Como en todo contrato estatal o administrativo, las fallas que presenten los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones dan lugar a la aplicación de sanciones, las cuales traducen un verdadero poder disciplinario de la Administración. El ejercicio del derecho de sancionar confiere a la Administración, para la

⁷ El TocaF, 1996, en su art. 64, regula la cesión del contrato.

⁸ Téngase presente la distinción de origen puramente jurisprudencial y doctrinario, entre las cláusulas reglamentarias y contractuales, en las concesiones de servicios públicos. Jezé, t. IV, pp. 329 y ss.

ejecución de sus contratos, el poder de actuar por medio de un privilegio de decisión ejecutiva y acción de oficio. La fuente del poder de sanción de la Administración radica en que ésta surge de oficio, fuera de las disposiciones contractuales. Por si el contrato las prevé, en principio deben ser aplicadas, pero esto debe considerarse más como una directiva para el juez que como una regla estricta.

En el derecho público las sanciones son más variadas y su régimen muy distinto al derecho privado. En la contratación administrativa lo fundamental es que el particular cumpla, y por ello las sanciones se inspiran en esa finalidad. Además de la rescisión del contrato y la reclamación de daños y perjuicios, existen otras sanciones. El régimen de las sanciones varía sensiblemente según las diversas categorías de contratos.

Clasificación de las sanciones

Pecuniarias. Consisten en indemnizaciones que el contratante debe pagar a la Administración y tiene un objeto preventivo, que es el de intimidarlo, y un fin de reparación del perjuicio ocasionado. Éstas se pueden clasificar en daños e intereses y penalidades.

Coercitivas. Tratan de obtener una ejecución efectiva del contrato. Son medidas temporarias. Las medidas coercitivas se traducen en una ejecución directa en la conexión de servicios públicos, en el contrato de obras públicas y en la ejecución por defecto en el contrato de suministros.

Resolutorias. Estas sanciones constituyen causa de extinción.

Finalmente, dentro de todo contrato se establecen, como bien es sabido, unas cláusulas contractuales, destacándose por su origen y normatividad que los rige que el contrato estatal derivado de la licitación pública tiene la singularidad de tener disposiciones normativas que derogan las dispuestas por el derecho privado. Como se evidencia en ciertos supuestos, los contratos pueden beneficiar a terceros o traer aparejadas cargas para éstos. Lo convenido entre la Administración Pública y el contratante es la ley a que habrá de atenerse el usuario del servicio.

Etapa postcontractual

Como bien se ha dicho, la Administración persigue o tiene como finalidad el interés colectivo, mientras que el particular busca el suyo. Como el interés público

está por encima del particular, surgen para la Administración prerrogativas que se hacen efectivas en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción del contrato, toda vez que ella puede hacer modificaciones al contrato atendiendo el interés público, ejerciendo de este modo el derecho del *ius variandi*, lo cual conduce en algunos casos a la extinción del contrato.

De igual forma, la Administración tiene prerrogativas, ostentando un privilegio de decisión unilateral excluyente frente al contratante, en mérito del cual puede intervenir la entidad en la etapa precontractual toda vez que el órgano estatal para contratar posee las siguientes facultades: aprobar y modificar los pliegos de condiciones; suspender la licitación; acordar la recepción definitiva, y, resolver la rescisión del contrato. Además, durante la ejecución y desarrollo del contrato tiene el control y la dirección de éste, pues puede iniciar las acciones que derivan en sanciones a imponer por la ejecución defectuosa de él, y a efectuar las modificaciones impuestas por el cambio de circunstancias.

En desarrollo al aparte final, se puede establecer que la Administración ejerce poder al controlar el desarrollo o ejecución del contrato, pues no puede desentenderse respecto de la forma como su colaborador, a quien mueve un interés de lucro, ejecuta el contrato, toda vez que éste último está supeditado a las órdenes de la Administración y a la estipulaciones que el contrato impone.

Cumplimiento del contrato. Conforme lo manifiesta Sayagués Laso, “lo normal es que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada en el contrato” [...]⁹, es decir, que una vez se cumplan las obligaciones contractuales por parte del contratante quedarán agotados sus efectos, cerrando así el ciclo del contrato y quedando ambas partes en libertad; esto sin perjuicio de una prórroga o renovación en los contratos, siempre y cuando no implique la violación de las normas.

La licitación pública en Colombia

A diferencia de la complejidad que exhibe la licitación pública en Argentina, en Colombia está reglamentada por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, lo cual permite que no se presenten situaciones ambiguas o contradictorias.

⁹ SAYAUÉS Laso, Enrique. La licitación pública, pp. 206 y ss.

Las normas que han regido la contratación estatal colombiana han sido objeto de tres leyes primordiales, que se dieron no sólo por las necesidades de acoplarse a los cambios mundiales, sino con el fin de evitar detrimentos patrimoniales estatales o abusos en la elección y adjudicación de los contratos.

Bases constitucionales. La Constitución Política establece los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal como un derecho fundamental y una regla del Estado social de derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

El derecho a la igualdad como directriz fundamental de la contratación de la Administración impone a las entidades públicas, en favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones. En el artículo 13 de la Constitución Política se ordena: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y *oportunidades* sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (resaltado fuera de texto).

Sobre el derecho a la igualdad de oportunidades de los particulares frente a la Administración Pública se edifican todas las normas que en el estatuto contractual regulan los procesos de selección de contratistas. El principio de transparencia y el deber de selección objetiva constituyen, por ello, reflejos legales de este importante principio.

Definida la contratación estatal o pública como proceso, entendiéndose éste como una sucesión de etapas, la doctrina establece distintas tendencias, pero todas coinciden en que la contratación tiene actividades previas y posteriores, por lo que comúnmente ellas se agrupan en: etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales.

Etapa precontractual

Relacionada en forma directa y específica con el contrato a celebrar. Esta etapa se caracteriza por la planificación o planeación en la elaboración de los pliegos de condiciones, dentro de la cual se tratan particularmente los siguientes puntos:

- Estudios previos.
- Registro en el Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.
- Registro Único de Precios de Referencia, RUPR.
- Establecer los ítems.
- Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (si hay lugar).
- Determinar el impacto social ambiental (si hay lugar).
- Consulta sobre impuestos.
- Análisis del mercado.
- Elaboración del presupuesto.
- Determinación del sistema de precios.
- Selección de la forma de pago.
- Estimación de los costos por ajustes e imprevistos.
- Determinación y procedimiento de selección del contratista.
- Verificación de la apropiación presupuestal.
- Programación de la contratación.
- Programación del desarrollo del contrato.

Actividades de la etapa precontractual comunes en los contratos estatales

Pliego de condiciones

Elaboración del proyecto

- Publicación o publicidad (página *web* de la entidad / diarios de amplia circulación / otros medios).
- Recepción de observaciones y sugerencias.
- Adecuación y elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos.

Selección del contratista

De acuerdo con la forma y procedimiento de selección: licitación por convocatoria pública, por invitación pública y por orden de servicios.

La contratación directa es la excepción a los pasos previos toda vez que la selección del contratista tiene que tener fundamentalmente un acto administrativo motivado

y el proceso de selección puede no ser exitoso, declarándose desierta. De igual manera, y previo a la firma se ha debido expedir el certificado de disponibilidad presupuestal y posteriormente el de registro presupuestal.

Finalmente, y surtida esta etapa, con la firma y perfeccionamiento del contrato así diseñado comienza la etapa contractual.

Etapa contractual

La etapa contractual se desarrolla de la misma forma tanto para el contrato adjudicado directamente como para el que se genera en una licitación pública o por concurso de méritos.

Adjudicación. Se da comienzo a la etapa contractual con el acto administrativo motivado de adjudicación del contrato, y es con éste que se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.¹⁰

Las observaciones presentadas por los proponentes, a los resultados de la evaluación hecha por la entidad, deben ser resueltas por el jefe de ella en el acto de adjudicación. La decisión sobre las observaciones se hará en el marco de los requisitos predeterminados, sin incurrir en la aceptación de circunstancias que modifiquen las ofertas iniciales.

El acto que adjudica el contrato no es susceptible de recurso alguno por la vía gubernativa y obliga a efectuar el contrato con la respectiva entidad. La notificación de la resolución de adjudicación se hará personalmente al adjudicatario y se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición.

La decisión de adjudicar el contrato en audiencia podrá ser adoptada en los términos previstos en el artículo 273 de la Constitución Política, o de oficio por la entidad estatal, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia.

¹⁰ Ley 80 de 1993, artículo 30, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

En ella podrán participar los oferentes, las organizaciones de veeduría ciudadana, los medios de comunicación y cualquier persona que lo desee.¹¹

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá contratar, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

La exigencia al contratista de garantizar mediante caución la seriedad de su oferta es conveniente para la entidad estatal y previene el desgaste infructuoso que puede resultar de una contratación frustrada, por cuenta de la negativa del oferente a suscribir el contrato.

La adjudicación de un contrato es vinculante tanto para la entidad estatal como para el proponente favorecido. La sanción por la no firma del contrato por parte del oferente adjudicatario se justifica en la medida en que la entidad invirtió recursos físicos y humanos en el proceso, recursos que siendo públicos no se pueden dilapidar.

Celebración del contrato. Una vez realizada la adjudicación debe suscribirse el contrato adjudicado. La elaboración del texto contractual a cargo de la entidad contratante debe guardar completa armonía con lo consignado en los pliegos de condiciones para que se honre el deber de selección objetiva.

La alteración de las condiciones preestablecidas implica una contratación sin proceso de selección idóneo, toda vez que el celebrado es contrato distinto de aquél para el cual se realizó la selección.

En el texto del contrato se incluirán las normas convencionales que gobernarán la relación de las partes contratantes. Del correcto diseño e implementación de este documento depende en gran medida el buen desarrollo del proceso; ello facilitará

¹¹ Decreto 287 de 1996, artículo 5; Decreto 2170 de 2002, artículo 3.

el cumplimiento de las obligaciones, permitirá una correcta supervisión del producto, respetará los derechos del contratista, pero en especial, evitará controversias judiciales y administrativas con los particulares. Las entidades estatales pueden celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales en los contratos que celebren las entidades estatales, y podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.¹²

El contrato se entiende celebrado cuando ambas partes expresan la aceptación del texto con la imposición de sus respectivas firmas.

Cláusulas contractuales obligatorias

Como quiera que la etapa contractual se considera rígida por el derecho común, se constituyen en cláusulas obligatorias aquellas que son de la esencia del contrato y necesarias para su validez. Desde esa óptica, será entonces la naturaleza del contrato la que determine la obligatoriedad de cláusulas contractuales.

A manera de ejemplo, se puede afirmar que en los contratos de adquisición de bienes y suministros será imprescindible la estipulación del acuerdo sobre la cosa y el precio, añadiéndose en los segundos su periodicidad; en los de obra, la determinación de la labor a realizar y el precio convenido, es decir, que en cada caso concreto se acudirá a las normas civiles y comerciales que rigen cada materia para establecer las cláusulas imprescindibles del contrato. Pero no debe olvidarse que el contrato estatal es fruto de un proceso de selección reglado, que impone la presencia de los principios del derecho público en el contrato mismo.

La coherencia que debe observarse entre el proceso de selección y la celebración del contrato hace obligatorias todas las especificidades que se exigieron a las ofertas y que fueron materia de evaluación. Éste es el caso de las calidades técnicas del objeto a contratar.

Se suma a lo anterior la obligación de pactar las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a

¹² Ley 80 de 1993, artículo 40, modificado por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

las leyes nacionales y de caducidad, en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de actividades que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, la explotación o concesión de bienes del Estado y contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

En estos casos las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. En los demás es necesario pactarlas, si se quiere hacer uso de ellas.

La interpretación unilateral consiste en la facultad conferida a la entidad estatal para interpretar las estipulaciones o cláusulas del contrato, en el evento de que durante la ejecución de él surjan discrepancias sobre su significado que puedan conducir a la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer y no se logre acuerdo con el contratista.¹³

Es ésta una actividad eminentemente reglada a la que no puede acudir sino en los señalados eventos precisos contenidos en la norma, y se ejercerá mediante acto administrativo debidamente motivado. La modificación unilateral, cuyo ejercicio solamente se hará a través de acto administrativo motivado, surge de la necesidad de introducir variaciones en el contrato para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se debe satisfacer, ante la imposibilidad de acuerdo con el respectivo contratista.

Mediante esta figura pueden suprimirse o adicionarse obras, trabajos, suministros o servicios.¹⁴

El contratista tiene derecho a renunciar a la ejecución del contrato si se introducen modificaciones que afecten un 20% o más del valor inicial. Así mismo, tiene derecho a que se le remuneren los trabajos adicionales que se generen por este acto unilateral. Si el contratista renuncia a la continuación de la ejecución del contrato se ordenará la liquidación de éste y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto de él.

La terminación unilateral es la terminación anticipada del contrato, la que puede disponerse mediante acto administrativo debidamente motivado en los siguientes eventos:

¹³ Ley 80 de 1993, artículo 15, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

¹⁴ Ley 80 de 1993, artículo 16, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.¹⁵

Tal decisión no implicará sanción al contratista y la entidad deberá adoptar las medidas necesarias para que no se interrumpa el servicio que se venía prestando. En los casos de los numerales 2 y 3 se podrá continuar la ejecución del contrato con el garante de él. Por decisión de constitucionalidad expedida por el máximo tribunal en la materia, la causal de incapacidad física permanente sólo podrá aplicarse en el evento en que ésta impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.¹⁶

La iniciación de trámite concordatario no es causal de terminación unilateral. En ese caso se aplicarán las normas de administración de negocios de deudor en concordato y se dispondrán las medidas necesarias para la inspección, control y vigilancia que aseguren el cumplimiento del contrato e impidan la paralización del servicio.

La caducidad es la estipulación por cuya virtud la entidad contratante podrá, mediante acto administrativo debidamente motivado, dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, si se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización.¹⁷

Si se configuran los hechos y la entidad decide no declarar la sanción, se adoptarán las medidas necesarias para el control e intervención que garanticen la ejecución del objeto contratado.

La declaratoria de caducidad no es óbice para que la entidad pueda tomar posesión de las obras y continúe la ejecución a través del garante u otro contratista. No habrá

¹⁵ Ley 80 de 1993, artículo 17, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-454 del 20 de octubre de 1994. M. P.: Fabio Morón Díaz.

¹⁷ Ley 80 de 1993, artículo 18, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

lugar a indemnizaciones a favor del contratista en estos eventos. La reversión es la estipulación expresa en los contratos de explotación y concesión de pasar a la propiedad de la entidad contratante los elementos y bienes afectados en la explotación o concesión, sin que ella deba realizar compensación ninguna a favor del contratista.

En los contratos para desarrollar proyectos de investigación cultural, científica, técnica o industrial, es imperativo pactar la obligación del contratista de entregar copias de los archivos producidos en desarrollo de dichos proyectos, siempre y cuando no contraríen las normas sobre propiedad intelectual y no se vulneren los derechos otorgados a dichas personas por el artículo 15 de la Constitución Política.¹⁸

Por disposición del Ministerio de Protección Social deberá incluirse en todos los contratos estatales la cláusula sobre las multas. De conformidad con lo establecido en la ley 828 de 2003 y el decreto 1703 de 2002 también se deberá incluir como obligación del contratista el pago de los aportes a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, y de los parafiscales.

Cláusulas contractuales facultativas. La estipulación expresa contenida en la ley 80 de 1993 de facultar a las entidades estatales para la celebración, naturalmente dentro del límite de la satisfacción de una necesidad pública y en el marco de la disponibilidad de recursos, amén de las etapas previas de las que ya se trató, de los contratos estatales con la inclusión de las modalidades, condiciones y en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, genera una gama amplia de posibilidades de inclusión de cláusulas facultativas, siempre y cuando respeten el límite de la Constitución, la ley, el orden público, los principios generales y finalidades de la Ley 80 de 1993, así como los principios de la buena administración.

En este orden de ideas, y a pesar de tan amplia facultad de contratación, es incuestionable la prohibición de cláusulas caprichosas, arbitrarias, leoninas o inconvenientes, y menos aún las expresamente prohibidas por la ley. Es facultativo para la entidad estatal incluir las cláusulas excepcionales al derecho común en contratos de suministro y prestación de servicios.

Desarrollo de las actividades contractuales. La ejecución del contrato se efectuará de conformidad con las actividades y plazos que se fijaron en el contrato.

¹⁸ Ley 594 de 2000, artículo 42, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Como se afirmó al abordar el tema de las cláusulas contractuales, quien ejerza la interventoría o supervisión se encargará de constatar el cumplimiento de la calidad y oportunidad de la realización de la obra, el suministro de bienes o la prestación de servicios.

La entidad estatal ejerce el control de la actividad contractual a través de su interlocutor válido, que es el supervisor o interventor, quien debe ostentar instrucciones precisas para la comunicación permanente con la entidad, para que ésta pueda tomar las medidas preventivas y correctivas en caso de desarrollo anormal del contrato.

El ejercicio del control es de mayor facilidad en aquellos contratos en que la ley permite que contengan cláusulas excepcionales al derecho común. En los demás, si bien la labor se dificulta, no por ello es imposible, pues siempre se podrá acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, al arbitramento si se ha pactado la cláusula compromisoria, o, de no poderse solucionar la dificultad, podrá hacer efectivas las garantías de cumplimiento.

La contragarantía que normalmente exigen las compañías de seguros para otorgar al contratista la garantía única de cumplimiento es mecanismo de suficiente fuerza conminatoria para volver el contrato a su causa normal, en la generalidad de los casos.

Prórroga del plazo del contrato. La ley 80 de 1993 no reglamenta de manera específica la prórroga de contratos, pero permite la contratación con base en el libre acuerdo de voluntades; en ese entendido podría afirmarse que los plazos de ejecución de las obligaciones contractuales serían prorrogables sin límite alguno.

Pero no debe olvidarse que la contratación estatal está antecedida de una buena etapa de planeación y está regida por los principios de economía y buena administración que imponen al administrador público la mayor diligencia en el cuidado de los intereses estatales.

El plazo contractual es factor de análisis en el proceso de selección objetiva y por tanto determinante en mayor o menor medida en la selección del contratista. Su prórroga caprichosa implicaría la alteración de las condiciones de equidad a las que tuvieron acceso los oferentes.

Lo anterior no es óbice para que la entidad estatal deba reconocer la ocurrencia de circunstancias imprevisibles ajenas a la voluntad del contratista, o de fuerza mayor o caso fortuito que retarden la ejecución de las obligaciones contractuales.

En procura del mayor beneficio para la Administración en la satisfacción de la necesidad que la llevó a contratar, se prorrogará el contrato, pero solamente por el término que las mencionadas circunstancias ameritan.

La prórroga del contrato debe efectuarse antes de que finalice el plazo de éste, caso en el cual el contratista deberá ampliar la vigencia de las pólizas otorgadas a favor de la Administración.

Suspensión y reanudación del plazo de ejecución del contrato. Ni la ley 80 de 1993 ni la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios consagran esta figura; sin embargo, cuando durante el plazo contractual sobrevengan circunstancias no imputables al contratista que impidan atender las obligaciones contractuales, las partes podrán suspender la ejecución del contrato exponiendo de manera detallada las razones que motivaron tal decisión.

La decisión de suspensión de la ejecución de un contrato será atendible sólo en el evento de preservación del interés general en procura de un mejor desarrollo del objeto contractual, suspenderá el término del contrato y no será computable para efectos del plazo de duración.

En el documento en el que se acuerde la interrupción del contrato se fijará la oportunidad o las circunstancias precisas de su reanudación; cumplidas éstas, la Administración ordenará que las labores se reinicien. En los eventos mencionados, se prorrogará la vigencia de la garantía única de cumplimiento, de manera tal que abarque la ejecución del contrato y el lapso adicional inicialmente pactado.

Adición al valor del contrato. Según lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 80 de 1993, el valor de los contratos estatales no se podrá incrementar en cuantía superior al 50% del valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos prácticos, la manera de revisar si se está atendiendo esta disposición legal en una adición es convirtiendo el valor inicial del contrato a salarios mínimos.

El límite de la cuantía para la adición contractual no es el único que debe atender la entidad estatal en la toma de la decisión. El mayor valor que se concede debe responder a una contraprestación equivalente en bienes o servicios, honrando los principios que rigen la contratación estatal.

En los casos de adición del valor del contrato, el contratista deberá modificar las pólizas que garantizaron el contrato inicial.

Cesión del contrato. La ley establece que el contrato no podrá cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.¹⁹ Si bien ha sido motivo de discrepancia por parte de los tratadistas del derecho la calificación de *intuitu personae* que la ley 80 de 1993 otorga a los contratos estatales, lo cierto es que en la actualidad, y a menos que se disponga lo contrario, esta definición legal es el fundamento de tal prohibición.

Dicha modalidad es de gran utilidad en los eventos de inhabilidades sobrevinientes de los contratistas, casos en los cuales la misma ley propone la solución de la cesión contractual.

*Disposición especial sobre anticipos.*²⁰ El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada, a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados pertenecerán al tesoro.

Perfeccionamiento del contrato. Al tenor del estatuto contractual, se considera perfeccionado un contrato cuando, previo acuerdo respecto del objeto y el precio, se eleva a escrito y se firma por las partes.

De conformidad con pronunciamiento del Consejo de Estado, el registro presupuestal del contrato es requisito de perfeccionamiento.

Etapa postcontractual

Son las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o en el acto que lo da por terminado de manera anticipada. Generalmente versan sobre temas accesorios de la contratación.

Actividades de la etapa postcontractual

La liquidación. Es el acto que formaliza la terminación del contrato, el cual tiene como modalidades: común acuerdo, o unilateral. Su contenido tendrá una relación

¹⁹ Ley 80 de 1993, artículo 41, inciso 3, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

²⁰ Ley 80 de 1993, artículo 24; decreto 2170 de 2002, artículo 7, modificado por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

detallada, el paz y salvo o compensaciones, y revisión y ajuste de garantías; procede cuando los contratos de tracto sucesivo han concluido, cuando en los contratos opera o es declarada la caducidad, y porque han terminado unilateralmente conforme lo pactado. El término, en ningún caso, debe superar el tiempo pactado, o el legal.

Utilización de garantías. Según las propias y pactadas en el contrato.

Cláusula penal pecuniaria. Se aplica en concordancia con la normatividad civil.²¹

Conclusiones

Es preciso concluir que, si bien es cierto países como Argentina y Colombia, entre otros suramericanos, han presentado una evolución sustancial y procedimental en la elaboración y ejecución de los contratos estatales, continúan existiendo muchos vacíos en ellos, toda vez que lo importante no es la regulación o normalización de este tipo de contratos en particular, sino su aplicabilidad y adecuación al mundo presente con el fin de hacer más viable su concertación, puesto que no es lo mismo un contrato elaborado por la Nación que el suscrito por el municipio, ya que las necesidades de éste no les atañen, sino que tienen un destinatario particular.

Ahora bien, en Argentina, como se observó a lo largo del presente escrito, se evidenció una normatividad muy disímil que conduce a inseguridades jurídicas, por cuanto la regulación de los contratos estatales no está reglamentada propiamente por una sola norma, sino por actos administrativos emitidos por el poder ejecutivo, que suple en su momento las necesidades, introduciendo normas especiales para las figuras jurídicas contractuales, teniendo en consecuencia una diversidad de regulación de ellas; a pesar de que se han realizado diversos esfuerzos, a veces contrapuestos incluso, para regularizar la contratación estatal, frecuentemente los resultados de estos esfuerzos han sido limitados por no contar con un planteamiento global que marque los objetivos a conseguir y el tiempo de implantación, así como los medios necesarios para conseguirlo.

De otra parte, es importante establecer que el procedimiento de licitación pública cuenta con múltiples ventajas de orden técnico, económico y ético en beneficio de la comunidad y del bien común que la ha generalizado como un instrumento de principio de legalidad que debe regir los contratos administrativos.

²¹ Artículos 13 y 40 de la ley 180 de 1993, y artículo 1592 del Código Civil.

En ese orden de ideas: i) se evita, por lo general, la corrupción que se presenta generalmente en los servidores públicos que tienen injerencia al momento de la contratación, y la de los particulares. Esta ventaja es inobjetable, toda vez que la necesidad de respetar el procedimiento y su posterior adjudicación de la licitación pública al proponente más beneficioso, obra como un límite para proposiciones fraudulentas; ii) la necesaria concurrencia de los particulares puede generar un beneficio importante para la Administración licitante, que puede obtener de esa competencia un mejor precio; iii) los licitantes pueden oponerse mediante los recursos administrativos pertinentes si la licitación se desarrolla en forma anormal, lo cual se considera una forma de controlar el proceso licitatorio.

Ahora bien, la doctrina ha manifestado abiertamente los inconvenientes sobre este procedimiento, puesto que se presenta lentitud en la selección; que la licitación no garantiza el obtener la oferta más conveniente, y que de todas maneras pueden existir acuerdos por debajo de mesa.

Indistintamente sobre lo enunciado por la doctrina, se cree que, sin perjuicio de los enunciados, el procedimiento preferente es un instrumento idóneo para la contratación administrativa.

Finalmente, es de resaltar que en el contrato estatal en Argentina la licitación pública es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de la contratación estatal existen otros que a la licitación atañen y que son: igualdad de oferentes, cumplimiento estricto de los pliegos, el principio de la oferta más ventajosa, el principio de equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, y el de publicidad. Además, que en el derecho argentino el principio es, en general, la licitación pública, y que existen excepciones a él en razón de cuantía, de los bienes o servicios, de la naturaleza del contratante, etcétera; en conclusión, se puede enunciar que para establecer la contratación administrativa deben conjugarse los diversos conceptos y criterios que se enunciaron a lo largo del presente escrito, o por lo menos, algunos de los más importantes.

Referencias

- BEZZI, Osvaldo. *El contrato de obra pública*. Buenos Aires: Perrot, 1982.
BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público*, tomo IV. Buenos Aires: Depalma, 1962.

- DROMI, Roberto. *La licitación Pública*. Buenos Aires, 1975.
- *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad de Buenos Aires, 1997.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- HERRERA, Benjamín. *Contratos estatales*. Gustavo Ibáñez.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III. Buenos Aires: Perrot, 1974.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I. Montevideo: FCU, 1991.
- *La licitación pública*. Obra actualizada por los profesores Daniel Hugo Martins y Rubén Flores Dapkevicius. Buenos Aires: B de F, 2005.
- VEGA DE HERRERA, Mariela y Ordoñez, Alejandro. *Contratación estatal*. Temis.

Manual de contratación de entidades públicas

DAS
Alcaldía de Medellín
Gobernación de Cundinamarca
SENA