

LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL BAJO PARÁMETROS NORMATIVOS ESTANDARIZANTES

Andrés Felipe Vallejos Reyes¹

Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2022

Referencia: Vallejos, A. (2022). La ponderación de principios en la Contratación Estatal bajo parámetros normativos estandarizantes. *Revista Científica Codex*, 8(15), 145-163.

RESUMEN

El artículo de investigación versará sobre la aplicabilidad y conveniencia de la tendencia normativa dirigida a estandarizar las reglas y los procedimientos contractuales de los regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993. El estudio permitirá identificar la posible colisión de principios en la actividad contractual que se rija por normas generales y estándares, al igual que alertará sobre las desventajas de su imposición restrictiva a las entidades y empresas públicas que, en principio, se beneficiaban de procedimientos más laxos y ágiles. La investigación identificará las leyes cuyo efecto produzca una limitación al margen de autonomía de las entidades con regímenes de contratación especiales, analizando sus efectos en la ponderación de los principios de economía, eficiencia, publicidad y transparencia. El estudio de la regulación normativa que estandariza reglas fundamentadas en los principios de transparencia y publicidad permitirá demostrar los impactos negativos de la reciente tendencia normativa en

1. Abogado Litigante y Asesor, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario. Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad de Nariño, Correo electrónico: andres.vallejos@hotmail.com

la función y práctica contractual del Estado, con posibles detrimentos a la celeridad, eficiencia y economía que demandan los servicios y actividades de ciertas empresas y entidades públicas con regímenes contractuales especiales.

Palabras clave: contratación estatal, regulación, estandarización, principios.

ABSTRACT

The research article will deal with the applicability and convenience of the normative tendency aimed at standardizing the contractual rules and procedures of the contracting regimes excepted from Law 80 of 1993. The study will allow to identify the possible collision of principles in the contractual activity that be governed by general rules and standards, as well as warn about the disadvantages of its restrictive imposition on public entities and companies that, in principle, will benefit from more lax and agile procedures. The investigation will identify the laws whose effect will produce a limitation to the margin of autonomy of entities with special contracting regimes, analyzing their effects on the weighting of the principles of economy, efficiency, publicity and transparency. The study of the normative regulation that standardizes rules based on the principles of transparency and publicity will allow to demonstrate the negative impacts of the recent normative tendency in the function and contractual practice of the State, to the detriment of the speed, efficiency and economy that the services and activities of certain companies and public entities with special contractual regimes.

Keywords: state contracting, regulation, standardization, principles

INTRODUCCIÓN

Según lo estipuló:

El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335), 2018)

En ese sentido, la contratación pública es el medio a través del cual se procura la materialización de los fines contemplados en la Constitución y las leyes colombianas en favor del bienestar común.

No obstante, la actividad contractual, como proceso complejo y relacionado con el elemento económico, ha atraído todo tipo de intereses que no necesariamente están orientados a la consecución de objetivos generales.

Así, a menudo, los procesos contractuales se han visto inmersos en actos de corrupción generando que el debate y disgusto político y social se traslade al análisis jurídico que propende por la corrección y prevención de prácticas contractuales que atentan contra la normatividad reglamentaria en materia de contratación del Estado (Serrano, 2014).

En razón a ese precedente, se han expedido gran cantidad de normas sobre contratación cuyo objetivo –por lo menos en su apariencia– fue la consolidación de una actividad contractual que maximice la aplicación de principios como símbolos rectores del ejercicio de la función pública.

Esa inclinación a la aplicación práctica de los principios de la contratación estatal ha generado ciertos cambios estructurales en la definición de normas y procedimientos para los diferentes regímenes de contratación. Por lo tanto, el punto de partida del estudio que identifique y permita analizar las consecuencias de las recientes implementaciones normativas tendientes a generalizar y estandarizar la actividad contractual, debe ser la conceptualización y definición de la teleología y diferenciación de los regímenes de contratación existentes en Colombia.

De esta manera, en este artículo se plantearán y analizarán las consecuencias jurídicas de la tendencia normativa surgida en los últimos 20 años dirigida a estandarizar y/o restringir la actividad contractual de las entidades públicas en Colombia y su posible impacto en los regímenes especiales de contratación estatal excluidos de la Ley 80 de 1993.

1. LOS REGÍMENES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA (DIFERENCIAS SUSTANCIALES)

La Ley 80 de 1993 o denominada Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– es el instrumento normativo que fijó de manera abierta los parámetros, principios y procedimientos

generales a la actividad contractual del Estado. Sin embargo, pese a que ese estatuto trató de integrar las disposiciones básicas en materia de contratación estatal, no unificó y consolidó todos los procedimientos existentes para la época.

El artículo 2 del EGCAP dispuso la definición de las entidades estatales para los efectos de la contratación en materia pública, enumerando a su vez los diferentes órganos, corporaciones y entes a los cuales la ley quiso otorgar la capacidad de contratar, pero, sobre todo, la aplicabilidad del Estatuto General de Contratación (Ley 80, 1993).

La autolimitación en la aplicación de la Ley 80 de 1993 condujo a que se mantuvieran muchos de los regímenes especiales de contratación anteriores a su expedición y posibilitó la creación de nuevos, lo que para gran parte de la doctrina ha sido un desacierto en el sentido de restringir una norma que tenía la vocación de ser general, permitiendo que una gran cantidad de entidades y empresas posean un régimen contractual especial o excepcionado. Lo cual puede evidenciarse en los pronunciamientos de Benavides (2009) al señalar que:

El propósito de generalización del régimen de la Ley 80 no parece haberse logrado. Las contradicciones del texto evidenciadas en el tratamiento de varios regímenes especiales, la falta de justificación de la conservación de casos de excepción y el hecho de no haber tratado el esencial problema presupuestal, inherente a toda la contratación pública, incitarán a buscar las maneras de escapar a la aplicación de la Ley 80. (p. 5)

Lo cierto es que la intención legislativa no trascendió a una verdadera conformación de reglas y procedimientos generales e imperativos para todo el sector público, frente a lo cual la Organización de los Estados Americanos (OEA, 2007), en su informe relativo a la Mesa de Trabajo sobre Transparencia en la Contratación Pública, anotó que, en realidad, “el carácter general de la Ley 80 de 1993, que se anuncia desde su título, se ha convertido en una figura retórica, pues abundan las excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley” (p. 2).

La doctrina se ha encargado de recapitular en sus investigaciones cómo la prestación de ciertos servicios, el desarrollo de actividades específicas o criterios orgánicos han excluido muchas entidades y empresas públicas del ámbito de aplicación del EGCAP (Jaramillo, 2019).

A continuación, se expone la mayoría de las exclusiones existentes en materia de contratación pública a la cual se aplica procedimientos diferentes a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

Tabla 1

Contratación no sujeta al EGCAP

Sector/Actividad/Contratación	Normatividad especial
Servicios públicos domiciliarios.	Ley 142 de 1994
Servicios de salud (Empresas Sociales del Estado).	Ley 100 de 199
Sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.	Ley 1341 de 2009
Servicios postales.	Ley 1369 de 2009
Canales regionales de televisión.	Ley 182 de 1995
Sector turismo (Fontur).	Ley 300 de 1996 y Ley 1450 de 2011
Sector transporte (Aeronáutica Civil).	Ley 105 de 1993
Explotación minera y recursos naturales.	Ley 80 de 199
Banco de la República.	Ley 31 de 1992
Organismos internacionales.	Ley 1150 de 2007
Empresas industriales y comerciales del Estado.	Ley 1150 de 2007
Contratación en el mercado de seguros, los créditos y fiducias públicas.	Ley 80 de 1993
Convenios de asociación y colaboración.	Ley 489 de 1998.

Nota. Fuente: Creación propia.

Es identificable entonces que la primera intención de generalización normativa, la Ley 80 de 1993, fracasó como modelo regulador de la actividad contractual del Estado al encontrarse con la diversidad y variedad de subcomponentes, escenarios y requisitorias de las funciones y servicios a cargo del sector público.

La innegable coexistencia de varios regímenes de contratación estatal y el fracaso de la norma estandarizante al intentar unificarlos obedece a las necesidades y características especiales de ciertas funciones y servicios

a cargo del Estado que requerían un trato diferenciado. Lo anterior, bajo el presupuesto de que muchas entidades, servicios o actividades debían desmarcarse de la esfera pública para, en la mayoría de los casos, ser igual de competitivos y ágiles que el sector privado.

De esta manera, la norma que pretendía ser general –EGCAP– terminó por ser una excepción frente al grueso de la contratación que le es extraña y que incluso conduce a la utilización de normas de derecho privado o normas especiales que facilitan la actividad contractual en comparación con lo reglado en el estatuto general.

El Consejo de Estado indica la teleología de la existencia de los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993 al tiempo de resaltar su carente poder unificador, de la siguiente manera:

La ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines. En este sentido, la pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada, por la tendencia expansiva a crear exclusiones. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456), 2021)

Pese a esa diferenciación sustancial que posibilitó la creación de distintos regímenes de contratación, las diferentes fuentes del derecho, doctrina y jurisprudencia principalmente se han preocupado por atar la actividad contractual excepcionada a la estricta observancia de los principios generales de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, ha sido la jurisprudencia la que ha venido conciliando la aplicación del derecho privado con los principios de la función administrativa en los contratos que celebran las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

(Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456), 2021)

Es identificable la tensión existente entre la necesidad de regular diferencialmente las diversas actividades contractuales y la preocupación de que todas se encuentren subordinadas a los principios de la función pública, interés que en sí mismo contiene una complejidad sobresaliente si se es consciente de que en muchas ocasiones algunos principios pueden colisionar con otros, eventos en el que el legislador y los operadores jurídicos deben adelantar un juicio de proporcionalidad y ponderación para dar la mayor aplicabilidad posible a todos en procura de la obtención del beneficio común.

No obstante, la práctica legislativa –anteponiéndose a los eventuales roces jurídicos entre principios– se inclina cada vez más por superar normativamente este debate, creando a su vez reglas generales aplicables a toda actividad contractual muchas veces desconociendo los pormenores de ciertos contextos que merecen un tratamiento normativo diferencial.

2. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

La actividad contractual, como ejercicio de una función pública, está sometida a un universo de normas que reglan cada una de las etapas que se suscitan para alcanzar la finalidad pretendida con la contratación. Sin embargo, pese a ser una de las funciones más custodiadas normativamente hablando, como cualquier otro tema jurídico, siempre existirán vacíos, ambigüedades o contradicciones en donde sea imposible obtener una respuesta clara en casos muy concretos.

Dentro de la hermenéutica jurídica surgen entonces los principios como criterios y elementos abstractos para esclarecer los eventos en donde existen dudas sobre el cómo proceder debido a que la norma o su interpretación no son precisas.

A diferencia de la aplicación de las reglas o normas, los principios, por su contenido etéreo y abstracto, impiden adoptar decisiones sin previamente definir su esencia o sentido, con la aclaración de que la definición que de ellos se haga nunca será la misma pues estará sujeta a las particularidades del problema jurídico que se pretenda resolver.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1287, 2001)

Así mismo, la aplicación de principios generales, en no muy pocas ocasiones, implican la prevalencia de unos sobre otros, decisión que debe estar precedida de un estudio serio que determine la conveniencia y pertinencia de esa priorización so pena de incurrir en juicios interpretativos que restrinjan desmedidamente la aplicación de otros también importantes.

Es allí donde se pretende ejemplificar el por qué existiría una incompatibilidad y riesgo de pretender generalizar y estandarizar las reglas aplicables a la contratación estatal –con la complejidad y diversidad que ésta posee– al sacrificar sin el debido estudio los efectos que esa práctica normativa tendría en los principios de la contratación estatal, especialmente los de economía, eficiencia y eficacia en las entidades y empresas con régimen exceptuado.

Entonces, los principios como mandatos de optimización deben ser interpretados y aplicados de manera diferencial a las reglas, frente a las cuales se podría realizar un examen exclusivo sobre la aplicabilidad de una sobre otra (Alexy, 1985/2008). Las colisiones entre los principios no son susceptibles de ser definidas estableciendo una prioridad absoluta, sino que deben ponderarse los intereses contrapuestos (Spector, 2015).

Para ellos los principales catedráticos y académicos han planteado diferentes formas hermenéuticas para dirimir potenciales conflictos jurídicos, ejercicios que en materia regulatoria deben ineludiblemente estudiar los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto como se realiza en materia de derechos fundamentales (Alexy, 1985/2008).

De manera análoga a como se estudian los principios generales del derecho, los principios en materia de contratación también cumplen

funciones interpretativas, integradoras y críticas respecto del ordenamiento jurídico, en tanto: apoyan la interpretación de normas; suplen los vacíos normativos; y establecen estándares de idealización sobre las prácticas contractuales (Corte Constitucional, Sala Plena, C-284, 2015).

La aplicación de principios en materia de contratación estatal en primera instancia se verifica al establecer la naturaleza de la función que desarrolla el Estado a través de sus autoridades cuando suscriben contratos, de donde se infiere que ejercen una función administrativa por cuanto su finalidad es el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que han sido asignadas a las diferentes autoridades.

De esta manera, el ejercicio de una función administrativa implica el sometimiento expreso de los principios de “igualdad, moralidad, **eficacia**, **economía**, celeridad, imparcialidad y **publicidad**” (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 209) (Negrita fuera de texto).

En igual sentido, con la intrínseca relación entre la contratación estatal y la administración de recursos públicos, les es aplicable, también, los principios constitucionales de “**eficiencia... economía** equidad desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales [de la gestión fiscal]” (C.P., 1991, art. 267) (Negrita fuera de texto).

En el rango legal, la Ley 489 de 1998 se encargó de incluir los siguientes principios específicamente dispuestos para la función administrativa: “buena fe, igualdad, moralidad, **celeridad**, **economía**, imparcialidad, **eficacia**, **eficiencia**, participación, **publicidad**, **responsabilidad** y **transparencia**” (Ley 489, 1998, art. 3) (Negrita fuera de texto).

Finalmente, vale la pena traer a estudio la reiteración realizada en la Ley 1437 de 2011 de algunos de los principios ya mencionados y que para esa normatividad son rectores en las actuaciones y procedimientos administrativos. En esta ley se incluyó “los principios del debido proceso, [legalidad], igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, **responsabilidad**, **transparencia**, **publicidad**, coordinación, **eficacia**, **economía** y **celeridad**” (Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A.], 2011, art. 3) (negrita fuera de texto).

Nótese que la transversalidad de los principios en los diferentes cuerpos normativos no solo implica su aplicación en la práctica contractual cotidiana del Estado sino también demanda, por causalidad lógica, que la configuración de las normas que reglamentan los parámetros generales también los considere.

Por supuesto, esa consideración implica el estudio de conveniencia y ponderación en la fijación de los criterios que permitirán arribar a la aplicación prevalente de uno u otro principio con el cuidado suficiente de no desconocer el núcleo esencial básico del o los principios que se ven limitados con la regla que se quiere introducir.

De manera que la función reglamentaria, ya sea ejercida por el propio legislador o por las facultades del ejecutivo, deben, en su margen de apreciación (Peredo, 2018), contemplar los efectos de las reglas donde exista aplicación prevalente de principios.

3. EL SURGIMIENTO DE NORMAS ESTANDARIZANTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

La tendencia normativa que propende por la creación de reglas generales que se apliquen a todas las entidades y empresas públicas ha sido principalmente impulsada por los escándalos de corrupción, los cuales han originado el debate y análisis de las normas contractuales vigentes en su efectividad para la prevención de conflictos de interés, tráfico de influencias y detrimentos patrimoniales derivados de la contratación estatal.

Sin embargo, es válido afirmar que también esa inclinación regulatoria es consecuencia directa del fracaso de la Ley 80 de 1993 por ser incapaz de verdaderamente recopilar un estatuto común a toda la actividad contractual pública, lo que a su vez posibilitó que regulaciones especiales fueran mucho más laxas o blandas sobre ciertos procedimientos y requisitos de la celebración y ejecución de contratos estatales.

La investigación adelantada permitió identificar que los recientes cambios y ajustes normativos sobre contratación estatal principalmente se dirigieron a subsanar la falta de unificación del EGCAP a través la inclusión de nuevas disposiciones generales sobre todo en materia de principios y reglas, las cuales, a partir de su expedición y entrada en vigor, cambiaron la metodología contractual de muchas entidades con regímenes especiales.

Uno de los cambios más sobresalientes fue la determinación positiva de los principios aplicables a la contratación por fuera del EGCAP, adoptando los principios de la “función administrativa [y de la] gestión fiscal” (C.P., 1991, arts. 209, 267).

Dicha determinación normativa atendió la necesidad de atar la actividad contractual del Estado –con independencia de su régimen– a parámetros abstractos en su contenido, pero claramente direccionados a un adecuado y correcto ejercicio y desarrollo de la contratación estatal en la consecución de sus objetivos.

Sin embargo, para el legislador no fue suficiente la positivización de esos principios, sino que también tuvo a bien expedir normas que ampliaban de cierta manera la aplicabilidad del EGCAP a los regímenes exceptuados y/o creaban reglas y procedimientos comunes a cualquier actividad contractual.

Tabla 2

Evolución y cambios normativos en materia de contratación pública.

Norma	Contenido	Modificación relevante	Principios prevalentes
Ley 1150 de 2007	Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.	Artículo 13: introduce y amplía el espectro de los principios de la función administrativa y gestión fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades no sometidas al EGCAP. ^a	Transparencia y Eficiencia.
Ley 1474 de 2011	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.	Artículo 95: modifica la Ley 1150 de 2007 que amplía a las entidades con régimen especial la aplicación de la EGCAP cuando realicen contratación directa, “salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”. ^b	Eficiencia, responsabilidad, transparencia y publicidad.

Norma	Contenido	Modificación relevante	Principios prevalentes
Decreto 4170 de 2011	Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.	Crea un Departamento Administrativo especializado para la generación y creación de políticas e instrumentos que promuevan mejores prácticas contractuales. ^c	Eficiencia y transparencia.
Ley 1882 de 2018	Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.	Artículo 4: adiciona al art. 2 de la Ley 1150 de 2007 la adopción de documentos y pliegos tipo. ^d	Transparencia, publicidad, selección objetiva.
Ley 2022 de 2020	Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones.	Le asigna la función de adopción de documentos tipo a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente. ^e	Transparencia, publicidad, selección objetiva.
Ley 2195 de 2022	Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.	Artículo 53: modifica el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de obligar a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP para que publiquen todos los documentos contractuales en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II). Artículo 56: Amplía la obligatoriedad de los documentos tipo a entidades de régimen especial. ^f	Transparencia y Publicidad.

Nota. ^a(Ley 1150, 2007, art. 13). ^b(Ley 1474, 2011, art. 95). ^c(Decreto 4170, 2011). ^d(Ley 1882, 2018, art. 2). ^e(Ley 2022, 2020). ^f(Ley 2195, 2022, arts. 53, 56).

Es notable que la expansión de normas generales contractuales a las entidades excluidas del EGCAP desde las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 hasta las más recientes como la Ley 2195 de 2022 priorizan los principios de transparencia y publicidad con la intención de amparar la finalidad de la contratación pública.

De hecho, en la exposición de motivos de las leyes citadas, se deja ver un claro propósito de combatir prácticas corruptas contractuales con la

restricción de la autonomía de todas las entidades y empresas públicas, pero especialmente de limitar la libertad que el EGCAP y las leyes sobre regímenes especiales les habían otorgado a las administraciones que gozaban de procesos contractuales especiales.

A manera de ejemplo, la ponencia para segundo debate del proyecto de ley que terminaría con la expedición de la Ley 2195 de 2022 definió manifiestamente que uno de los objetivos de dicha norma era fortalecer la transparencia como estrategia para combatir la corrupción, lo que a su vez se tradujo al reconocimiento de la importancia de la información y acceso a ella como “un activo fundamental para anticiparse a los hechos de corrupción, un análisis adecuado de los datos y respetuoso de los parámetros constitucionales” (Congreso de la República de Colombia, 2021).

En virtud de esa norma se obliga a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP a publicar toda su documentación contractual en el aplicativo SECOP II con el objetivo de garantizar la publicidad de la información como supuesta garantía de legalidad (Ley 2195, 2022).

Por otra parte, la Ley 1882 de 2018 introdujo los denominados documentos tipo, que son de aplicación obligatoria en los contratos que se regulan en ellos. Estos documentos fueron una modificación sustancial a la Ley 1150 de 2007 que pretendió introducir herramientas que restringieran la potestad administrativa para disponer libremente sobre las condiciones en el proceso de escogencia de los contratistas (Alix et al., 2018).

A través de los instrumentos ya mencionados se tipifican o estandarizan los requisitos para gran cantidad de contratos pretendiendo garantizar y/o asegurar la pluralidad de oferentes y evitar los coloquialmente denominados “pliegos sastre”, que no son otra cosa distinta a la manipulación y redireccionamiento perverso de los procesos de selección a determinados candidatos.

De igual forma, el Proyecto de Ley 207 de 2022 radicado por el otrora senador Rodolfo Hernández propone una modificación contundente a la Ley 80 de 1993, especialmente en el Artículo 1 que define el objeto del EGCAP ampliando su vigor a “aquellas entidades estatales sujetas en sus actos y contratos al régimen excepcional del derecho privado en los casos en que sean la parte contratista en contratos interadministrativos y deban subcontratar con terceros” (Proyecto de Ley 207, 2022, art. 1). Al igual que reitera la obligatoriedad de los documentos tipo para todas las entidades públicas.

En otras palabras, los documentos tipo se convertirían en normas imperativas con independencia del régimen contractual y la actividad o servicio que presten las entidades y empresas públicas.

Si se lee con detenimiento la propuesta legislativa rápidamente es posible identificar el cambio sustancial que se pretende en la actividad cotidiana de las empresas y entidades con régimen exceptuado, pues existe una clara intención de someterlas a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando éstas a su vez contraten con entidades regidas por ese cuerpo normativo.

A manera de conclusión de este acápite, en la actualidad es perfectamente identificable la inclinación a nuevamente consolidar un estatuto general a través de normas comunes a toda la contratación y que priorizan la aplicación de los principios de transparencia y publicidad sobre los de economía y eficiencia, sin que se hayan ponderado adecuadamente los impactos que esa forma regulatoria lleva consigo.

4. LA TENSIÓN EXISTENTE EN LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL POR EL SURGIMIENTO DE NORMAS ESTANDARIZANTES

La experiencia práctica y académica de la contratación pública en Colombia ha demostrado que la aplicación de las normas contractuales puede ser compleja cuando la legislación contiene ambigüedades, antinomias y contradicciones en las cuales el operador jurídico debe adoptar decisiones apropiadas y ágiles en la administración de los recursos públicos (Corte Constitucional, Sala Plena, C-054, 2019).

A menudo, las normas que fijan parámetros generales y que procuran abarcar grandes porciones de la actividad contractual no alcanzan a regular todos los escenarios e hipótesis posibles en las diferentes áreas en las cuales el Estado y la administración operan.

El principal problema de la estandarización normativa es precisamente el desconocimiento de las particularidades contenidas en las diferentes necesidades de la función pública. Entre más general sea la norma menos posibilidad tiene de ofrecer respuestas específicas en casos concretos, circunstancia en donde cobran importancia los principios como criterios orientadores.

De esta manera, cuando la estandarización y generalización normativa prioriza desmesuradamente unos principios sobre otros, a través de la ampliación de restricciones y reglas a todos los regímenes de contratación,

el principal efecto es la desnaturalización y pérdida de autonomía de las entidades públicas que gozaban de esquemas más laxos en materia contractual.

Este artículo pretende llamar la atención sobre los riesgos implícitos que una tarea legislativa estandarizante puede generar en perjuicio de la eficiencia, economía y celeridad con la que deben trabajar muchas de las entidades públicas bajo regímenes especiales o excepcionados de la Ley 80 de 1993.

Para ese efecto se debe tener claridad sobre los principios en juego con las introducciones normativas antes referenciadas, en donde se prioriza la información, la publicidad y la transparencia sobre la eficiencia, economía y celeridad.

Un ejemplo de esa priorización es el mandato introducido en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que adiciona 2 incisos al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en los cuales se obliga a las entidades y empresas no sometidas al EGCAP a que publiquen todos los documentos contractuales en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública: SECOP II (Ley 2195, 2022).

Dicha regla, como manifestación de los principios de transparencia y publicidad, pese a que persigue fines loables, puede desconocer por completo ciertos eventos en donde comercialmente es inconveniente o improcedente realizar una actividad contractual abierta al público. Por ejemplo, en el caso de las patentes, procedimientos y privilegios de los que habla el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Incluso por fuera de la información que la ley somete a reserva, la exposición sin filtros de información contractual de los oferentes en sí misma podría desincentivar la contratación con el Estado o generar inconvenientes en su celebración como ha acontecido en el suministro de las vacunas contra el COVID-19 en donde las empresas farmacéuticas y laboratorios han exigido la confidencialidad de sus ofertas.

Aportes académicos como el de Araujo y Cárdenas (2021) han indicado que en determinados eventos contractuales deben prevalecer intereses superiores al del derecho a la información, como lo son la vida y salud pública, para asegurar la prestación eficiente y celeridad de éstos últimos, lo que a su vez da muestra de la inconveniencia de una regla estricta que no considere escenarios donde deba realizarse esta priorización.

En todo caso, lo que es evidente es que una norma estandarizante de tal naturaleza no es capaz de advertir este tipo de dificultades, razón por la cual su vigencia podría acarrear inconvenientes en la práctica contractual.

En igual sentido, la adopción obligatoria de los documentos tipo que han consagrado la Ley 1882 de 2018, Ley 2022 de 2020 y la Ley 2195 de 2022 pueden también acarrear imposibilidades prácticas a la hora de adelantar los procesos de selección de contratistas por parte de empresas y entidades donde fácticamente es improbable que los posibles oferentes cuenten con las exigencias realizadas en esos documentos.

Por lo tanto, contrario al efecto pretendido en las normas sobre documentos tipos como lo es la garantía de pluralidad de oferentes podría generarse un estancamiento de la actividad contractual de ciertas entidades al no poder ejecutar labores ante la escasez de oferentes calificados según los documentos tipo.

Es de amplio conocimiento que Colombia cuenta con diversas diferencias económicas, geográficas y etnográficas presentes que impedirían la adopción rigurosa de documentos tipo para todas las actividades contractuales, ya que esa misma diversidad torna imposible la regulación de manera genérica de todos los aspectos relativos a la contratación estatal.

De esta manera, la producción normativa no debe obedecer a exigencias sensacionalistas desprendidas de escándalos de corrupción que deriven en normas rígidas e inaplicables en ciertos casos por su inconveniencia, sino en estudios jurídico-prácticos que contengan más análisis sobre los verdaderos impactos que las normas tienen en las regiones, actividades y funciones que en su esencia misma se desmarcan de los estándares de la contratación estatal común.

CONCLUSIONES

La actividad contractual es una función pública a la cual le son aplicables los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y los especializados para la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993. En esa medida, la normatividad que regula las reglas y procedimientos contiene un alto grado de desarrollo de esos principios en procura de que se cumplan con los cometidos y fines del Estado.

No obstante, la existencia de múltiples regímenes de contratación producto de necesidades específicas de la prestación de servicios públicos o actividades particulares en escenarios competitivos han impedido la

consolidación de un verdadero Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deficiencia que ha querido ser suplida por el ente legislador con la expedición de normas estandarizantes o generales a toda actividad contractual sin distinción alguna.

Aunque son necesarios diversos ajustes en los procedimientos contractuales de las empresas y entidades con regímenes exceptuados, la generalización y unificación simple de toda la actividad contractual no parece ser la alternativa más conveniente debido al posible desconocimiento que esa solución implicaría sobre las necesidades especiales que ciertas contrataciones tienen para poder ser eficientes.

Lo que en este punto se observa claro es que el legislador no puede enfocarse en restringir la actividad contractual a tal punto de volverla inviable, ineficiente o tortuosa, y si bien también son necesarios ajustes en las normas que regulan los procedimientos especiales dentro de los regímenes exceptuados del EGCAP, esos cambios deben ser el resultado de un ejercicio consciente de ponderación y medición de impacto, en el campo de los principios, de los efectos de las nuevas introducciones normativas.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal. Trad.; 2a. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1985).
- Alix, U., Jare, L., Núñez, A. y Reyes, W. (2018). *La obligatoriedad de los pliegos-tipo en los contratos de obra pública y su extensión a otro tipo de contratos o procesos en Colombia - Ley 1882 de 2018* [Tesis de especialización, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Unilibre. <https://hdl.handle.net/10901/11634>
- Araujo, D. y Cárdenas, A. (2021, 29 de abril). *La confidencialidad en los contratos de vacunas contra el Covid-19 ¿Está justificada?* Blog de Derecho de los Negocios. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/en-nuestra-opinion-la-confidencialidad-en-los-contratos-de-vacunas-contra-el-covid-19-ha-dejado-de-estar-justificada/>
- Benavides, J. (2009). La reforma de la Ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-52. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2590>

Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de julio). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128

Congreso de la República de Colombia. (2018, 15 de enero). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. [Ley 1882 de 2018]. DO: 50.477

Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691

Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956

Congreso de la República de Colombia. (2022, 18 de enero). Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. [Ley 2195 de 2022]. DO: 51.921

Congreso de la República de Colombia. (2020, 22 de julio). Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones. [Ley 2022 de 2020]. DO: 51.383

Congreso de la República de Colombia. (2021). *Informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley No. 369 de 2021 Cámara - 341 de 2020 Senado "Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones"*. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2021-12/PONENCIA%20SEGUNDO%20DEBATE%20C3%81MARA%20PL%20MORALIZACI%C3%93N%201-12-2021%20CL.docx>

Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

Congreso de la República de Colombia. (1998, 29 de diciembre). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. [Ley 489 de 1998]. DO: 43.464

Congreso de la República de Colombia. (2022, 4 de octubre). Por medio del cual se introducen reformas al Estatuto de Contratación de la Administración

pública para promover la pluralidad de oferentes y crear herramientas para garantizar el principio de transparencia y se adoptan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 207 de 2022]. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2022-2024/2785-proyecto-de-ley-207-de-2022>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00058-00(2335) [C.P: Námén, A.].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2021). Rad. No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456) [C.P: Námén, A.].

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (2019, 10 de febrero). Sentencia C-054 [M.P.: Fajardo, D.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2015, 13 de mayo). Sentencia C-284 [M.P.: González, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 5 de diciembre). Sentencia C-1287 [M.P.: Monroy, M.].

Jaramillo, C. (2019). *La necesaria existencia de un régimen especial para la contratación administrativa* [Tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional de la Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9388>

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2007). *Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro*. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic2_col_doc_mtc_sp.pdf

Presidencia de la República de Colombia. (2011, 3 de noviembre). Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura. [Decreto 4170 de 2011]. DO: 48.242

Peredo, M. (2018). *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado*. Thomson Reuters.

Serrano, A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia* [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional UMNG. <http://hdl.handle.net/10654/12906>

Spector, E. (2015). *Algunas reflexiones en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-spector-castellano.pdf>