

**LA TRANSPARENCIA Y APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRONICOS  
(INFORMATICA) EN LA CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA**

**DORIS LEONOR GUTIERREZ PATIÑO  
CODIGO 2087667**

**ASESOR  
DOCTOR GERMAN LOZANO VILLEGAS**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO  
BOGOTÁ, D.C,  
2013**

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	3
HIPÓTESIS	5
1. LA TRANSPARENCIA Y APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS (INFORMÁTICA) EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA	6
1.1 FUNDAMENTOS	6
1.2 LA CONTRATACIÓN	9
1.2.1 Planeación de la Contratación	9
1.3 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	10
1.4 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ELECTRÓNICO EN LOS PROCESOS DE SUBASTA INVERSA A PARTIR DEL LEY 527 de 1999	15
1.4.1 principio de equivalencia funcional.	15
1.4.2 El principio de neutralidad tecnológica.	18
1.4.3 El principio de no alteración ni modificación del derecho de las obligaciones y contratos privados.	18
1.4.4 El principio de la buena fe.	19
1.4.5 Principio de libertad contractual.	20
1.5 MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS	20
1.6 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	24
2. FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA. SUBASTA Y MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	29
2.1 ANTECEDENTES	29
2.2 EUROPA	29
2.3 COLOMBIA	30
2.4 CONCEPTO DE SUBASTA INVERSA	32
2.5 CLASES DE SUBASTAS	37
2.6 NATURALEZA	38
2.7 MODELOS DE SUBASTA INVERSA	40
2.8 LA SUBASTA INVERSA EN EL MARCO JURÍDICO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	42

2.9	LA TEORÍA DEL PRECIO ÚNICO	43
2.10	ANÁLISIS CONSTITUCIONAL	44
2.11	ANÁLISIS LEGAL	48
2.11.1	El Decreto 734 de 2012	50
2.12	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	64
	CONCLUSIONES	70
	Referencias	72
	NORMATIVA	77
	JURISPRUDENCIA	78
	INFOGRAFÍA	78

## INTRODUCCIÓN

El tema de la subasta inversa en Colombia tiene un desarrollo reciente, y su aplicación es de la mayor importancia para la ejecución del gasto de los dineros públicos, teniendo en cuenta que esta figura, “al aplicar las herramientas tecnológicas de la electrónica despersionaliza el mecanismo de oferta o puja entre oferentes, y de estos con la entidad contratante” (Solano Sierra, 2000, pág. 21).

En efecto, la subasta inversa está asociada a la utilización de todos aquellos medios o instrumentos electrónicos a través de los cuales se desarrolla el mercado de compra de bienes y servicios que requiere el Estado, un ente territorial o bien una empresa industrial y comercial en la que el Estado o ente territorial tenga un capital no inferior al 51%, por lo cual “al despersionalizar la relación de compra venta, vincula o al menos debe vincular uno de los principios esenciales de la contratación estatal: el de transparencia” (Scognamiglio, 1996, pág. 18).

Si bien esta figura antes de la expedición del Decreto 734 de 2012 carecía de una estructura mediante la cual el principio anotado fuera lo suficientemente expedito, no por ello dejó de tener importancia

habida cuenta que la ley 222 de 1980, la corrupción estatal en materia de contratación para la compra de bienes y servicios presentaba mayor protagonismo, lo que obligó al legislativo a disponer de un ordenamiento legal que, aun con sus fallas, permitiera un mejor control de las operaciones comerciales entre el Estado y los particulares, especialmente (Rengifo García, 2007, pág. 78).

Pero como quiera que aún se estaban presentando casos de corrupción, con la intención de darle un mayor dinamismo al control de la misma y dentro de los parámetros del principio de buena fe que direcciona el ordenamiento constitucional, se expidió el Decreto 734 de 2012, de donde se desprende una trascendente importancia para este tema, habida cuenta de que se trata de dineros públicos que por su origen y naturaleza deben tener un tratamiento jurídico de la mayor transparencia.

Es entonces esta nueva disposición, el Decreto 734 de 2012, el que viene a “introducir en los procesos de contratación estatal un vínculo indisoluble entre el principio de buena fe y el de transparencia” (Rengifo García, 2007, pág. 34). Todo esto amerita las condiciones para un estudio al respecto, resaltándose en éste las bondades e intención de la norma en el control de la corrupción estatal.

No obstante, a fin de que el lector aprecie la trascendencia del tema dentro del contexto de la legislación, se resalta el marco jurídico e histórico del mismo sobre la subasta inversa, de tal forma que pueda apreciarse objetivamente el alcance jurídico social de esta figura en la contratación estatal colombiana. En este contexto se precisa el nuevo enfoque que con el Decreto 734 del 12 de abril de 2012 se le vino a dar a la subasta inversa, sin desnaturalizar la figura, ya que

le da mayor importancia a la calidad que, conjugada con el factor precio, vienen a generar mayores beneficios para los entes estatales, al tiempo que afianza una política empresarial más responsable, dinámica, y que le pueda hacer frente a los Tratados de Libre Comercio” (Palacio Correa, 2012, pág. 43);

Pues no otra finalidad tiene la nueva normativa que regula el sistema de contratación estatal en Colombia, la cual con anterioridad a la nueva legislación carecía del factor calidad, mientras que ahora se combina calidad con precio para efectos de la contratación estatal.

Esta combinación, que antes de la vigencia del nuevo precepto le quitaba trascendencia al tema, ahora permite asumir un nuevo concepto de la subasta; es decir, su defensa, ya que quienes resultan beneficiados, al combinarse aquellos factores, son los entes estatales y por consiguiente la sociedad colombiana.

Es entonces en este contexto en el que esta investigación aporta un mecanismo jurídicamente viable al proceso de contratación mediante el sistema de subasta inversa, ya que al efecto no es excluyente la puja con base al precio respecto de la calidad, que impacte con mayores beneficios sociales (en términos de calidad, valor agregado y/o durabilidad de lo subastado) el sistema de contratación bajo la modalidad de subasta inversa.

Con base en ello, se asume entonces el Marco Metodológico fundamentado en los siguientes lineamientos:

## **HIPÓTESIS**

La subasta inversa depende, en su componente de funcionalidad, de los medios tecnológicos, ya que estos, por su versatilidad en el mundo negocial, le permiten su operatividad y al tiempo aumenta la transparencia. No obstante, su eficacia legal depende de la regulación jurídica que, como en el caso del Decreto 734 de 2012, le vincula dos factores de los que carecía antes de dicha norma: calidad y precio, factores que permiten un escenario de competencia más transparente.

Esta hipótesis se desarrolla dentro de un enfoque analítico crítico, aplicando un marco metodológico deductivo.

# **1. LA TRANSPARENCIA Y APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS (INFORMÁTICA) EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**

## **1.1 FUNDAMENTOS**

La contratación estatal

(....) encuentra sus fundamentos en las necesidades de requerimientos de bienes y servicios que tiene el Estado, sus entes territoriales y las entidades descentralizadas de aquel, a fin de cumplir la función que en esta materia le ha encomendado la constitución y la ley, por lo que los funcionarios públicos están llamados a acatar las formalidades jurídicas en ellas establecidas” (Campos Monge, 2007, pág. 32).

Esto quiere decir que no es jurídicamente viable que se lleven a cabo actos administrativos contractuales fuera de los límites que establecen los estatutos anotados. En consecuencia, es la ley la que habilita al Estado, sus entes y entidades descentralizadas en las cuales tiene al menos el 51% del capital y, a través de estas, a sus funcionarios y empleados para contratar, puesto que es ella la que le otorga

la personería jurídica o moral [la cual] no es más que la atribución del ordenamiento jurídico de derechos y obligaciones a sujetos diversos de seres humanos, circunstancia esta que nos permite afirmar que las personas jurídicas son, en estricto sentido, un producto del derecho, y solo existen en razón de él...” (Carrejo, 1972, pág. 87).

Este pensamiento doctrinal ha sido recogido por la Sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de agosto 21 de 1948. Vol. I. pág. 197, en la que afirma respecto que la personería jurídica sólo “existe en el derecho y por el derecho. Faltando el reconocimiento hay más colectividades que individuos” (Carrejo, 1972, pág. 65)

La personería jurídica para que el Estado actúe se la otorga la Constitución y la Ley, siendo entonces estos los fundamentos de la contratación estatal; es decir, ningún ente estatal está habilitado para actuar fuera de los límites que establecen la Carta Magna y la Ley. Luego, el Estado y sus ente centralizados o descentralizados, “contratan con terceros una vez la ley otorga

la respectiva facultad” (Vattier Fuenzalida, 2001, pág. 64). Esto significa que el Estado debe actuar en todo el escenario público bajo la égida del derecho, es decir, que es el derecho el que faculta al Estado y sus entes para actuar, para contratar. Así mismo, “las personas jurídicas están constituidas por una serie de elementos que son los que le permiten movimientos y como resultado de ello generar actos administrativos” (Younes Moreno, 1996, pág. 29), los cuales son indispensables para la existencia de la persona jurídica (Vattier Fuenzalida, 2001, pág. 54).

En este mismo direccionamiento doctrinal, observamos cómo los teóricos iuspublicistas han acudido, para la sustentación o negación de la personalidad jurídica del Estado, a los trabajos que sobre la materia elaboraron los pensadores iusprivatistas. Es así como se han expuesto las mismas tesis básicas de la teoría general en torno a la personalidad jurídica del Estado: “la de la ficción, la de la negación, y la de la realidad. Concepciones que de una manera u otra se incorporan a la doctrina del Derecho público” (Brewer Carias, 2003, pág. 44). y para reafirmar la naturaleza jurídica que acompaña al Estado, se tiene que “los contratos públicos, contratos del Estado, o contratos estatales, son todos aquellos contratos en los cuales una de las partes (pueden ser las dos), es una persona jurídica estatal” (Brewer Carias, 2003, pág. 49). Esto viene a decir que “las entidades estatales y el Estado mismo se encuentran investidos de personalidad jurídica” (Rodríguez, 1988, pág. 53), la cual es el vínculo habilitante para contratar, según se desprende de lo precisado por el autor en cita.

Sobre el tópico en discusión, apunta Alessi Renato, que “la discusión sobre la naturaleza jurídica puede, en hora actual, tener como superada ante la evidencia de ser el Estado un ente dotado de personalidad jurídica” (Renato, 1979, pág. 33); es decir, el Estado no surge con personalidad sino que “es el Derecho el que le otorga la misma, y en virtud de ella es que puede contratar, ejercer actos contractuales” (Rezzonico, 1999, pág. 76), siendo entonces su

personalidad jurídica la que le permite que sus necesidades puedan ser objeto de contratación, respecto de la cual puede entonces encaminarse a utilizar los medios electrónicos como instrumentos de transparencias y de habilitación para aplicar mecanismos, como el de la subasta inversa (Ramirez Plazas, 2008, pág. 24).

Desde entonces se reafirma, que “la contratación estatal supone que el estado, con base a la personalidad de que le unge el derecho, es que puede contratar” (Sánchez Torres, 2004, pág. 42).



En otros términos, “la contratación supone que el Estado tenga como actuar en el derecho, siendo con base a ello que puede utilizar los medios electrónicos en el proceso de la subasta inversa” (Parra Gutiérrez, 1998, pág. 45) de manera tal que la informática es entonces una herramienta de uso y aplicación en la contratación estatal colombiana, en virtud del Decreto 734 de 2012.

El mecanismo de la subasta inversa, una vez queda “incrustado” en virtud del ordenamiento legal en los medios electrónicos

se torna inseparable de este, por lo cual nadie pudiera interferir en los derechos que acompañan a quienes participan en el proceso, pues es la ley la que ha habilitado a los oferentes, una vez hayan llenado los requisitos de ley, a fin que se integren al proceso (Murray, 2004, pág. 36)

de manera tal que fuera de este escenario

no le asiste ningún derecho a quienes no se presenten oportunamente al proceso de subasta inversa, aunque hayan cumplido con la formalidad previa de la ley, puesto que es un componente jurídico de fondo el que el oferente disponga su voluntad para recurrir al acto de la subasta inversa a la hora previamente señalada” (Morales Restrepo, 1994, pág. 74).

Lo anterior encuentra su validez no solamente desde el punto legal sino doctrinal, en tanto que la existencia y validez del acto jurídico implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración, dentro del cual se deben cumplir con requerimientos fundamentales, para que este se proyecte con la plenitud, de sus efectos en el mundo jurídico administrativo (...). La celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible, que no puede fraccionarse; por eso, en dicha celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica (Alessandri Besa, 1949, pág. 98).

Se desprende de la doctrina planteada que, desde el mismo proceso de la elaboración del registro de las necesidades y del plan de requerimiento estatal hasta su culminación, pasando desde luego por la subasta inversa (si hay lugar a ello) el proceso es único, unitario e indivisible, y cualquier acto que vicie una de las etapas del proceso, vicia el acto y por consiguiente el contrato.

## 1.2 LA CONTRATACIÓN

### La contratación pública estatal

es aquella mediante la cual el Estado y sus entes centralizados y descentralizados, incluyendo los entes territoriales, al celebrar un contrato deben observar 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, en tanto que los particulares con los que se llegaren a convenir los mismos están llamados a tener en cuenta que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (Santamaría, 2000, pág. 65).

Se considera entonces que en la voluntad contractual del Estado, los entes territoriales y las entidades descentralizadas entrañan una obligación legal en el sentido de que todo contrato debe consultar el interés de la sociedad, siendo este uno de los fines del Estado mientras que, si bien toda unidad productiva particular “al firmar un contrato de esta naturaleza tiene prácticamente garantizada sus utilidades” (Betti, 2000, pág. 34), no por ello pueden asumir conductas limitadas hacia este factor, puesto que sus obligaciones contractuales están acompañadas de una función social, por lo que al participar en un proceso de subasta inversa, tanto los funcionarios públicos como los empresarios deben, con anticipación, planear tales factores.

### 1.2.1 Planeación de la Contratación

La planeación de la contratación pública en Colombia “se encuentra diseñada, con base a actividades previas y posteriores de la misma, y se agrupa en: a. Actividades pre-contractuales; b. Actividades Contractuales; c. Actividades Post-Contractuales” (Polo Figueroa, 2001, pág. 34). Este autor marca además un énfasis en la necesidad de que la administración pública, antes de proceder a una Subasta Inversa, debe planear desde el punto de vista económico, administrativo y jurídico, todos los procesos de la contratación. Teniendo en cuenta que la planeación “es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados” (Mutis Vanegas & Quintero Múnera, 2001, pág. 39) y siendo su resultado un Plan formado por políticas, programas, cronogramas y presupuestos, en su proceso se deben seguir los

siguientes pasos, de conformidad con lo señalado por el Decreto 734 de 2012, cuyo artículo primero dispone que

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.
3. La modalidad de selección del contratista, incluyendo los fundamentos jurídicos que soportan su elección.
4. El valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la contratación y los rubros que lo componen. Cuando el valor del contrato sea determinado por precios unitarios, la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, la entidad contratante no publicará las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato y en el caso de las comisiones, la entidad contratante no publicará el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 2.2.9 del presente decreto.
6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.
8. La indicación de si la contratación respectiva está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado Colombiano en los términos del artículo 8.1.17 del presente decreto.

### **1.3 LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La contratación pública en Colombia sufrió un trascendente cambio con la Ley 1150 de 2007 que vino a modificar aspectos sustanciales de la política de compras estatales que en el Decreto No.

2170 de 2002 (derogado por el 734 de 2012) el Estado había introducido al reglamentar la ley 527 de 1999, siendo que en el Capítulo I de la ley 1150 de 2007 se habla de la “transparencia de la actividad contractual, que vino a afianzar el nuevo Decreto 734 de 2012” (Tafur Galvis, 1986, pág. 72) al precisar que en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública. El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas señaladas en el artículo 2.2.5 del mencionado decreto y en la página web de la Entidad, y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará (si está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado colombiano), el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Se aprecia de la norma transcrita, que en la misma se “combina el principio de transparencia, al hablarse de la publicación en la página web, y al tiempo, cuando se precisa la modalidad de selección, pues se está hablando de las formas contractuales” (Cárdenas, 2007, pág. 54), lo cual no es descabellado teniendo en cuenta que es irrefutable que existe una íntima asociación, o si se quiere, dependencia directa entre el principio de transparencia de los contratos estatales con los tipos de contratos, bien que se traten de contratos por concurso de méritos, contratos por licitación, etc.

Considero además que no es apropiado hablar aisladamente del principio de transparencia, pues este principio se ha de aplicar a algo, a su base, y esa base, para el caso que nos ocupa, son los contratos, de tal manera que es necesario asociar dicho principio con los contratos, ya que de lo contrario se caería en un vacío conceptual, lógico y jurídico que invalidaría toda argumentación mediante la cual se pretende sostener el principio de transparencia.

La información que deberían registrar las entidades estatales y que mencionamos anteriormente muestra un cambio en la política de contratación y le otorga a la subasta inversa un mayor sentido de transparencia, puesto que “la Ley 1150 de 2007 introdujo importantes cambios en la forma como el Estado adquiere sus bienes, obras y servicios, lo cual ha variado la dinámica de la gestión pública contractual tornándola más eficiente y transparente” (Del Castillo Restrepo,

2009, pág. 59).<sup>1</sup>Esta Ley logró recoger aspectos sustanciales que habían sido propuestos por el gobierno Nacional, en el Decreto No. 2170 de 2002, cumpliéndose de esta forma la voluntad del Presidente de la República de hacer más eficiente y transparente la contratación pública en el país (Gómez Estrada, 2009, pág. 19).

Ahora bien, la contratación pública, como asegura José Luis Villar, “surge del previo lleno de aquellos requisitos de ley” (Villar Ezcurra, 1999, pág. 34) a través de los cuales las partes concurren en disposición de su voluntad a fin de actuar con base a unos previos actos administrativos estatales que conducen y orientan la naturaleza y el objeto del contrato, siendo este último el que pone de presente

el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es, pues, un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes (Ospina Fernández, 1987, pág. 40),

de donde se desprende que la concurrencia de las voluntades en comento se inician con el registro ante la Cámara de Comercio respectiva, después de lo cual la misma se desplaza al escenario de los actos administrativos que conducen a la convocatoria, para luego “volcarse hacia el vínculo entre los medios electrónicos y la iniciación de la puja o instrumentación de la subasta inversa, para, una vez está finalizada, llegar las partes a la firma del documento contractual” (Larroumet, 1999, pág. 66). Por lo antedicho, se infiere pues que el contrato en sí mismo encierra diversas etapas sin las cuales el mismo pierde eficacia jurídica. No es suficiente un solo acto para llegar a la concurrencia de la voluntad contractual.

Así entonces, tenemos que “la concepción del contrato se inicia con la planeación del negocio contractual” (Departamento Nacional de Planeación, 2004, pág. 9), es decir, existe una previa voluntad, al menos de una de las partes, que es el punto de arranque o inicio, que surge de la concepción de lo que se pretenda contratar y que es la que convoca a la otra parte, quien debe consentir en la propuesta. Dice Alessandri que el consentimiento es “el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto jurídico” (Alessandri, 1976, pág. 16).

---

<sup>1</sup> En esta última obra, el autor señala aquellos aspectos legales mediante los cuales el Estado modificó el deber de selección, el fortalecimiento del Registro Único de Proponentes —RUP— y la contratación pública electrónica, las garantías de los contratos estatales, y las modalidades de selección, precisando que tales factores de evaluación se adecuan, al objeto contractual (Del Castillo Restrepo, 2009, pág. 34).

Concurridas las voluntades de las partes, ésta empieza su formalización a través del diligenciamiento del pliego de condiciones, ya que este documento “es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir...” (Dromi, Derecho Administrativo, 1998, pág. 313).

La contratación pública se define como

la actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés e-government procurement que a su vez tiene como sigla EGP (Laguado Giraldo, 2008).

Por lo que este autor asocia el uso de los medios electrónicos en el proceso de contratación, tomando a ésta

como la expresión de una voluntad y decisión unilateral del ente público encaminado a aplicar recursos financieros para la adquisición de bienes y servicios requeridos por el ente que asume tal postura, respecto de la cual se hace una convocatoria a fin que confluyan quienes dispongan de las condiciones para ofrecer los bienes y servicios requeridos (Rodríguez Rodríguez, 2002, pág. 19).

Por su parte, Dávila Vinuesa informa que no podrá haber contratación sin necesidades previas, por parte del ente estatal, atacando de esta manera una política de despilfarro de los dineros públicos. Las necesidades del ente estatal determinan el objeto del contrato, y este deberá tener una relación, así sea indirecta y mediata, con el interés público (Dávila Vinuesa, 2003, pág. 199).

En este sentido, manifiesta Edgar Vargas que en desarrollo de la gestión de la contratación pública y

en cumplimiento de su función básica, consecución de las metas y objetivos trazados dentro de los planes y programas de gobierno, la administración pública cumple diversas labores de carácter político, ejecutadas internamente con sus propios recursos humanos, técnicos y financieros o externamente por particular mediante procedimientos de contratación (...) De esta manera, los últimos adquieren funciones públicas y la consecuente responsabilidad para los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella (Vargas, 2003, pág. 23)

por lo que se sigue que quien firma un contrato estatal asume las responsabilidades y obligaciones propias de un funcionario público, pero “dentro de la esfera del contrato; esto es, no puede destinar los recursos recibidos con ocasión del contrato para fines distintos a los del contrato, por ejemplo” (Trigo Represas, 2001, pág. 22).

Sin embargo, para que los particulares puedan contratar con el Estado y por lo tanto acceder al mecanismo de la subasta inversa, éstos “deberán estar habilitados legalmente para ello” (Sierra Rojas, 1996, pág. 82). En esta misma obra, Sierra Rojas indica que no es suficiente que quien convoca a un proceso de contratación se encuentre al amparo de una facultad legal, sino que además debe proceder en consonancia con el interés del derecho, y que este es el mismo de la sociedad.

Tenemos entonces que no es suficiente que la formalidad jurídica lo disponga “sino que el particular tenga la voluntad y la materialice acogiéndose a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico” (Mosset Iturraspe, 2006, pág. 17). Para ello el interesado en contratar con el Estado deberá inscribirse previamente ante la Cámara de Comercio respectiva, respecto de lo cual debe tenerse en cuenta que

la inscripción en el registro de proponentes se concreta a través de un acto administrativo, mediante el cual la cámara de comercio respectiva incorpora en ese registro la información suministrada por el proponente en el formulario diligenciado para el efecto (Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, pág. 25).

Por lo anterior, puede inferirse entonces que no sería suficiente diligenciar el formato de inscripción, sino que la formalidad legal lleva a que se extienda el acto administrativo por parte de la respectiva Cámara a fin de estar habilitado para participar en la puja

En este punto existe, sin embargo, discrepancia doctrinal, pues mientras tratadistas como Rodrigo Escobar Gil sostienen que “el registro es un requisito esencial que el contratista debe cumplir para contratar con el Estado, y por lo tanto si se omite carece de capacidad” (Escobar Gil, 1999, pág. 106), el docente Néstor Raúl Correa precisa que “la capacidad del contratista que se esté haciendo partícipe se rige por la legislación civil, por lo cual el registro es apenas un aspecto formal” (Correa, 2011, pág. 2), lo que significa que no es esencial, no es habilitante de la

contratación con el Estado, según este último doctrinante. En este punto debemos resaltar la concordancia doctrinal entre el autor Escobar Gil y José Roberto Dromi (Dromi, 1995, pág. 318) quienes llegan a la misma apreciación, la que por igual se comparte en esta investigación.

Entre tanto, en la Ley 80 de 1993 se abandonó la distinción tradicional entre *contratos administrativos* y contratos de derecho privado de la administración y se creó, en cambio, una nueva categoría para incorporar la totalidad de los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones en los que participa una entidad pública que tiene obligación de aplicar el Estatuto de Contratos: el contrato estatal (Pino Ricci, El Régimen jurídico de los contratos estatales, 2005, pág. 23).

#### **1.4 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ELECTRÓNICO EN LOS PROCESOS DE SUBASTA INVERSA A PARTIR DEL LEY 527 DE 1999**

Con respecto al derecho electrónico, el tratadista Fabián López Guzmán dice que “son diversos los principios que se han desarrollado en el mundo contemporáneo con base a la tecnología, y que se recoge en los procesos de la contratación estatal, con aplicación en la subasta inversa” (López Guzmán, 2002, pág. 59). Tales principios son:

##### **1.4.1 Principio de equivalencia funcional.**

La expresión referida al principio de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos fue por vez primera utilizada en el “artículo 11.24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, que entró en vigencia el 1 de enero de 2000” (Barrantes Venegas, 2006, pág. 179). Luego, añade la autora en cita, la misma expresión fue recogida en la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico de 1965, para finalmente precisar que tal principio tiene su origen en el derecho uniforme propuesto de manera sistemática en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la llamada Ley Modelo de Comercio Electrónico y Firmas Digitales, la cual fue acogida en nuestro



ordenamiento jurídico mediante la Ley 527 de 1999, el Decreto 1747 de 2000 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio (Messineo, 1952, pág. 98).

Sin embargo, la autora Claudia Patricia Barrantes referencia el componente histórico pero no profundiza ni define este principio, el cual viene a ser explicado como aquel de la equivalencia funcional de los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, respecto de aquellos actos jurídicos suscritos en forma manuscrita e incluso oral y el cual constituye el principal fundamento de la interrelación del derecho con las nuevas tecnologías. Dicho principio se puede simplificar en la siguiente forma:

la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado (Rincón Cárdenas, Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico, 2006, pág. 54).

Se desprende de lo anterior que no hay claridad sobre el tema, pues ninguno de los autores citados explica en qué consiste el principio de equivalencia funcional, y si bien Barrantes se limita a exponer el aspecto histórico sin justificación alguna para afirmar que fue en virtud de la Ley Modelo de Comercio Electrónico y Firmas Digitales y sin generar una explicación ni técnica ni jurídica para sustentar que en Colombia se acogió este principio, por su lado el tratadista Rincón Cárdenas se limita a señalar, sin ninguna claridad, una interrelación no fácil de asimilar, ya que no da un sustento explicativo al respecto.

Abierto el planteamiento, se ha de clarificar entonces en qué consiste el principio objeto de discusión, a fin de tener un mínimo de claridad al respecto:

El principio de equivalencia funcional es una función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa o eventualmente su extensión oral respecto de cualquier acto jurídico; la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto (Illescas Ortiz, 2002, pág. 59).

De este modo, Illescas Ortiz le da claridad a este principio pues precisa que los mensajes de datos, que son los medios de la instrumentación electrónica, cumplen, desde el punto de vista jurídico, la misma función que los medios que utiliza y aplica el ordenamiento jurídico, la palabra, los escritos, etc., y con ello equipara la validez jurídica a los medios electrónicos, y en consecuencia, afirma que tiene legitimidad el que el Decreto 734 de 2012 y el ordenamiento jurídico en general posibilite el uso de medios en comento como instrumentos a través de los cuales opera la administración pública y también el sector privado. Este concepto aclara entonces el principio en sí mismo y, como se desprende de su narración, sostiene que dicho principio tiene la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico; la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, lo que en esencia equivale a decir que los medios electrónicos son actos administrativos.

Aclarado lo anterior, se ha de afirmar que este principio

es el que posibilita que los medios electrónicos, al ser transmisores de datos, y en este caso de información o datos que se utilizan en la subasta inversa, es el que viene a impedir que exista discriminación en el envío de determinados datos por parte de un oferente (Molina Quiroga, 2001, pág. 83);

es decir que “es en virtud de este principio que todos los oferentes tienen las mismas oportunidades para enviar los datos o sus ofertas en la puja” (Gámez Vizcaíno, 2012, pág. 75). Por lo que en nuestra opinión el principio tiene cabida en el Decreto 734 de 2012, y legitima aún más el proceso de la subasta inversa en la medida que no permite que se discriminen los oferentes en sus lances o puja, ya que bajo el mismo todos tendrían las mismas oportunidades para hacer los lances, y en caso que se le impidiera un lance a uno de ellos, el mismo podría alegar el incumplimiento de tal principio.

#### **1.4.2 El principio de neutralidad tecnológica.**

“Este principio propende porque las normas puedan abarcar e incluir las tecnologías que propiciaron su reglamentación, así como las tecnologías que están desarrollando y las que se encuentran en proceso de desarrollo” (Rincón Cárdenas, Contratación electrónica y la nueva

forma del negocio jurídico, 2006, pág. 93). Indica con ello este tratadista que la legislación en esta materia va de la mano con la tecnología misma y en tal condición “a medida que aparecen nuevas instrumentaciones electrónicas susceptibles de ser aplicadas a los procesos de contratación administrativa, como es el caso de la subasta inversa, queda abierta toda posibilidad para que el legislador continúe regulando la materia” (Vásquez García, 2000, pág. 23). Dicho de otro modo,

no es posible que se cierre definitivamente el ciclo de la subasta inversa, y por lo tanto no es procedente cerrar espacios a los aspectos legislativos sobre la materia, lo cual le da vigencia a todo proceso que conlleva al control de la corrupción y un mejor mecanismo de transparencia en la contratación estatal, que es uno de los de la misma (Quinche Ramírez, 2008, pág. 29).

Es nuestra opinión que el uso de la electrónica no se opone al derecho, ni viceversa, y en este sentido el derecho hace uso y legitima la tecnología en aras a propiciar el desarrollo, fortaleciendo al tiempo la política de contratación estatal, con aplicación específica de la subasta inversa.

### **1.4.3 El principio de no alteración ni modificación del derecho de las obligaciones y contratos privados.**

En atención a este principio, Marcela Castro afirma que

el comercio electrónico no implica una modificación sustancial del actual derecho de las obligaciones y los contratos, toda vez que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones, simplemente es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades contractuales o precontractuales, motivo por el cual no puede modificarse el derecho existente relacionado con la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos (Castro Ruiz, 2006, pág. 23)

por lo que “no se contraponen el uso y aplicación de la tecnología a los procesos de contratación por subasta inversa” (Farina, 2005, pág. 63). De acuerdo a este principio, sin embargo, es de anotar que la generalización de la aplicación de la electrónica ha obligado a una regulación cada vez más precisa.

Es de razonabilidad jurídica el hecho de que el comercio electrónico no modifica aspectos sustanciales del derecho de las obligaciones, pues su desarrollo y ejecución no pueden primar sobre tal derecho; antes por el contrario se sujeta a él

y si bien en la época moderna la tecnología ha incidido sobre el marco jurídico de los contratos, en este caso no aplica discordancia alguna entre el comercio electrónico aplicado a la subasta inversa y las obligaciones que de ello se derivan” (Espinosa Quintero, 2010, pág. 62).

#### **1.4.4 El principio de la buena fe.**

Este principio, señalado por el artículo 83 de la Constitución Política, precisa que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”<sup>2</sup>, permite precisar que en desarrollo y aplicación de la subasta inversa, la tecnología, sus componentes y actores proceden al amparo de la buena fe, por lo que no se requiere que la misma se demuestre, sino “que en caso de actos contrarios a esta, si se llegare a demostrar la mala fe, la subasta quedaría viciada, y por consiguiente, todo lo que de la misma se desprende” (Sayagues Laso, 1963, pág. 109). Este es un pilar esencial que contempla también el Decreto 734 de 2011, la ley 1437 de 2011, entre otras.

Este principio “es simplemente una reafirmación del fundamento que informa a nivel general todo el derecho, en especial cuando se hace referencia al intercambio nacional o internacional de bienes y servicios” (Rincón Cárdenas, *Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico*, 2006, pág. 39). Lo que confirma que tal principio figura en todos los actos y hechos jurídicos, y por lo tanto no necesita ser demostrado, por lo que es protagonista de la subasta inversa, el cual desde luego no lo excluye. Es evidente que no podría ser objeto de acción crítica un principio como éste, pues no solamente sería oponerse al ordenamiento constitucional, sino inducir a que los contratos por subasta inversa se lleven a cabo en sentido contrario a dicho principio, lo cual desde luego raya contra los principios de las buenas costumbre, la moral y la ética; e incluso contra el derecho mismo (Sánchez Goyanes, 1997, pág. 45).

---

<sup>2</sup>.Este precepto es el que ha venido direccionando, en los últimos años, la legislación colombiana, así por ejemplo, los principios de la buena fe se enmarcan de manera taxativa en la ley 1395 de 2010, la ley 1437 de 2011 o Código de Administrativo y Contencioso Administrativo, la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso; el Decreto 734 de 2012, etc.

#### **1.4.5 Principio de libertad contractual.**

Bajo este principio se genera “una manifestación o consecuencia TLCs, siendo este un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, de la autonomía privada y de la libertad de competencia” (Molina Quiroga, 2001, pág. 66), siendo entonces este “un principio que se ejecuta con base a los presupuestos de la convocatoria previa del proceso contractual” (Rincón Cárdenas & Ibáñez Parra, 2006, pág. 45). Es decir, los oferentes deben conocer previamente las reglas del juego de la subasta inversa, y esto está precisamente inmerso en la legislación que regula la materia en Colombia, en el Decreto 734 de 2012, pero también en la Ley 527 de 2010, entre otras.

El hecho que el autor asuma este principio como inmodificable, en tanto sostiene que el mismo es consecuencia “necesaria del principio sobre la inalterabilidad del derecho preexistente frente a los TLCs” es contrario al contexto y alcance del principio mismo, ya que tal principio, por el contrario “fluye y hace fluir en los procesos contractuales; dan margen a la competencia” (Caumont, 2008, pág. 87). y en este sentido es que hace parte de la nueva disposición, Decreto 734 de 2012, lo cual, como se ha dicho, permite que los oferentes en la subasta inversa, por ser el principio un componente del mercado de competencia, esto es, del que los economistas llaman competencia imperfecta, pujen con base al conocimiento previo de las reglas del juego.

### **1.5 MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS**

Los medios electrónicos son instrumentos informáticos de los que “se sirve el derecho a fin de llevar a cabo el presupuesto de eficacia en la gestión pública, incluyendo por consiguiente la contratación administrativa” (Rodríguez Azuero, 2003, pág. 67).

Respecto de los actos administrativos, estos “pueden ser de carácter formal u orgánico, y sustancial” (Henaó Hidrón, 1993, pág. 27). De acuerdo con

el formal u orgánico serán actos administrativos todos aquellos que conforme a elementos externos formales sean considerados como actos administrativos, y desde el punto de vista material, son

actos administrativos todos aquellos que en razón de su contenido o sustanciase consideraran como administrativos, sin importar las formas externas que puedan adoptar, ni mucho menos el órgano del cual provengan (Santofimio Gamboa, 2003, pág. 131).

Tal como lo plantea el autor en cita, lo que interesa es el acto administrativo y no su procedencia, lo cual encuentra asidero en el sentido que “cuando el acto administrativo no se ajusta a derecho, se demanda” (Galvano, 1992, pág. 55). Se acciona entonces contra dicho acto y no contra los factores internos o externos que le han dado origen, lo cual es lo que se ajusta a derecho, pues sostener lo contrario es desconocer la esencia de los actos administrativos. Luego si el acto administrativo expedido mediante el cual se ordena la utilización de los medios electrónicos a la subasta inversa, no tiene en cuenta factores, por ejemplo como la época (invierno), condiciones de la infraestructura eléctrica (continuos apagones), etc., dicho acto no puede ser objeto de demanda, pues son o han sido los factores externos los que pudieran impedir la subasta inversa, y no el acto administrativo (Rodríguez Rodríguez, 2002, pág. 20).

Aunque desde el punto de vista práctico esto pareciera tener certeza, nos oponemos a ello por cuanto las normas, bajo el principio de la transparencia (que en este caso se negaría y pudiera generar privilegios) sí pueden ser objeto de demanda alegando precisamente la negación del principio de transparencia, puesto que no existe dicho principio cuando la norma que convoca no lo hace con todos los habilitados para competir, pues muchos de quienes han llenado los requisitos de ley para participar en la subasta podrían retirarse del proceso por razones externas al mismo, como las anotadas, y esto es una negación del derecho a la igualdad, de manera tal que podrían darse, al menos dos motivaciones para accionar:

- a. Negación del principio de transparencia, y
- b. Negación del derecho a la igualdad.

Como dice Jeze citado por Tafur, “el acto administrativo es una declaración de gobernantes agentes públicos o simples particulares en ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir efectos en derecho” (Tafur Galvis, 1986).

Sobre el planteamiento de este tratadista se desprende que desconoce la esencia de la administración de la cosa pública, pues no puede la voluntad del gobernante o de los particulares,

como sostiene, ser el hilo conductor de los actos administrativos, puesto que inmerso en los actos administrativos siempre debe encontrarse la intencionalidad del bien común; esto es, prima el interés general, pues “el acto administrativo es una declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico” (Marienhoff, 1998, pág. 87).

Es de alcance netamente jurídico la contextualización que del acto administrativo hace Marienhoff, pues en sí mismo su concepto deja implícita la idea de que en todo acto administrativo, para su legalidad, debe el actor del mismo proceder investido de las facultades propias del cargo. Desde el ángulo conceptual de este jurista, el acto administrativo mediante el cual se disponga del uso de la tecnología debe pegarse a la disposición administrativa mediante la cual se habilita el uso de la tecnología, que en el caso que nos ocupa es el Decreto 734 de 2012. Para este autor, en este marco no tiene cabida la discrecionalidad, tal como así mismo lo considera la norma en cita.

Así mismo, el acto administrativo, según García de Enterría y Fernández, “es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (García de Enterría & Fernández, 1995, pág. 32). Estos tratadistas, al hablar de deseo, aíslan el acto administrativo del escenario del bien común y del interés general al cual debe consultar dicho acto, pues dejan entender que prima la intencionalidad del administrador respecto del acto, de manera tal que el mismo puede acomodar el mismo a su preferencias y no a las exigencias sociales de la comunidad, siendo entonces que se evidencia una concordancia, desde este punto de vista, entre estos autores y Gastón Jeze.

Indica lo anterior que eventualmente los funcionarios públicos, al expedir el acto administrativo mediante el cual se aplicarían los medios electrónicos a la subasta inversa, acomodarían la disposición legal a sus intereses particulares, lo cual no es imposible. A esto habría que recordar que el “acto administrativo es uno de los medios jurídicos por el cual se expresa la voluntad estatal” (Dromi, 1998, pág. 42).

Si bien es cierto que el acto administrativo “expresa la voluntad estatal” (Perdomo Vidal, 2004, pág. 54), esta debe estar en armonía con el interés de la sociedad; es decir,

debe consultar sus necesidades, por lo que no es viable que por ejemplo se proceda a llevar a cabo un contrato con el que, como sucede en muchas regiones colombianas, se proceda a construir una obra no requerida por la comunidad, de manera tal que considero que el concepto del autor anotado es vaga, por cuanto no limita el escenario del mismo (Vidal, 1979, pág. 32).

Del mismo modo, Ciro Nolberto Güecha manifiesta que “los Actos Administrativos, constituyen un instrumento por medio de la cual la Administración actúa para el Cumplimiento de los cometidos estatales; es decir, para la realización de sus fines” (Güecha Medina, 2010, pág. 8). Este autor logra así mismo encajar su concepto al respecto, por cuanto le coloca límites al acto administrativo: fines del Estado.

De los doctrinantes anotados se observa que, con excepción del tratadista Jaime Santofimio Gamboa, los demás ponen de presente la voluntad del Estado como expresión del acto administrativo, lo que no significa que Santofimio no reconozca tal voluntad, sino que este autor pone de presente el aspecto funcional de los actos administrativos con base a sus elementos, por lo que todos ellos reconocen entonces la voluntad como fundamento del acto administrativo.

Este acto administrativo es el que precisamente la ley 527 de 1999 le da valor en el precepto 10º, en concordancia con el artículo 14 del mismo estatuto, y que Erick Rincón Cárdenas, recoge en su definición cuando habla del aspecto operacional y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios, realizados a través de una red, ya que aquí queda inmersa la voluntad.

Una subasta in versa “en sí misma opera como un acto administrativo” (Silva Ruiz, 2001, pág. 76), por lo que el hecho de que la instrumentación electrónica sea un mecanismo para su operatividad ha determinado una regulación a la cual deben sujetarse las partes intervinientes en la misma, ya que “por ser acto administrativo, convoca a sus actores a responder por el resultado del mismo” (Escobar Enríquez, 1999, pág. 90); es decir, no puede y no es independiente el acto administrativo contractual o el contrato administrativo resultado de la subasta inversa, por lo que es un referente jurídico que tanto demandantes como oferentes acaten la formalidad jurídica



reguladora, no solo de la subasta en comento, sino de toda aquella que vincula los aspectos tecnológicos con dicha subasta.

Aclarando aún más lo mencionado, reafirmo que conforme lo plantea el investigador Illescas Ortíz, al referirse al principio de equivalencia funcional, y bajo dicho principio, los medios electrónicos son actos administrativos, lo cual, como se analizó en el ítem de esta investigación, tiene cabida en el Decreto 734 de 2012, por cuanto es un instrumento mediante el cual opera la subasta inversa, de donde resulta que todos los datos que surgen de la utilización de los medios electrónicos son válidos si su generación se ajustan al ordenamiento legal.

## **1.6 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

La contratación electrónica “es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo” (Laguado Giraldo, 2008, pág. 22), de donde se desprende que este mecanismo o instrumento es de utilidad práctica en la medida en que incide en aquellos actos que por desprenderse de la voluntad humana, afectan o pueden afectar un acuerdo contractual, de manera tal que su uso conlleva al desarrollo de mecanismos de protección o si se quiere, de “blindaje” del acuerdo, en la medida en que se genera con base al resultado que arroje, entre oferentes y el demandante (en el caso que nos ocupa, el Estado).

El ejercicio de la contratación electrónica y la subasta inversa es uno de sus instrumentos o medios, no obstante es reciente en Colombia, puesto que “sus inicios surgen en principio con la factura electrónica, de donde se desplaza al sistema de contratación estatal, y en este escenario es donde vincula la subasta inversa” (Illescas Ortiz, 2002, pág. 19). Teniendo en cuenta las ventajas que presenta el uso y aplicación de las tecnologías y las comunicaciones, tales como: a. Mayor seguridad en la contratación, b. Más confianza por parte de los oferentes con respecto a la convocatoria pública para la contratación, c. Mayor agilidad al momento de hacer la puja por parte de los oferentes, entre otros, la contratación electrónica, garantiza una mayor oferta,

mejores condiciones para el manejo de los precios ofrecidos en el mercado, y un mejor control respecto al contrato a contravenir (Suescún Melo, 2003, pág. 102).

Teniendo de presente que la ley 527 de 1999 señala en el Artículo 1° que “será aplicable a todo tipo de información en forma de mensajes de datos” y siendo que en la subasta inversa se manejan y aplican mensajes de datos, es evidente que esta normatividad regula esta materia en asuntos de contratación estatal. Ordena la ley en comento, artículo 5°, que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, lo que significa que los datos transmitidos en la subasta inversa tienen la validez que le otorga esta ley, en concordancia con la regulación que le genera la ley de contratación estatal y el Decreto 734 de 2012. Además, apreciando que los registros electrónicos de datos sustentan los acuerdos contractuales que surjan a partir del resultado de la subasta inversa, en el artículo 6°, de la ley en comento se establece que

cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta (...) Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito

Por lo que son los registros electrónicos los instrumentos jurídicos que le otorgan validez al acto contractual, si eventualmente el escrito o alguna parte de él pudieran prestarse a conjeturas o suspicacias.

La fuerza probatoria del mensaje de datos se la da esta misma ley 527 de 1999, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil, cuando dispone en el precepto 10° que

los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (...) En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

En desarrollo del aspecto contractual, la norma venida en referencia, al tenor del artículo 14 apunta que

en la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos

Por lo que todo contrato que surja de una subasta inversa, en razón que esta aplica el mecanismo de la instrumentación electrónica, tiene fuerza legal. Mas para que esta eficacia legal guarde el amparo de la legitimidad, el precepto 16 de la ley 527 de 1999 dispone que

se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando éste ha sido enviado por:

1. El propio iniciador
2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje,
3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente

por lo que está en quien origina el mensaje de datos la legitimidad de la información, de tal manera que no puede un oferente alegar la nulidad de un dato enviado, por ejemplo, ante una equivocación en el precio ofrecido en una de las pujas, si el impulso electrónico salió de su parte. Se colige entonces que el mensaje de datos que surge en una subasta inversa tiene la legitimidad que le otorga la ley.

Entre tanto, en el aspecto doctrinal el jurista Erick Rincón Cárdenas sostiene que por

comercio electrónico debe entenderse el conjunto de todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios, realizados a través de una red, como en envío y puesta a disposición de comunicaciones comerciales (spam), la contratación electrónica y la prestación general de servicios de la sociedad de la información” (Rincón Cárdenas, 2005, págs. 14-15).

Si bien se entiende que el tratadista hace referencia a todo aquello que se genera a partir de la utilización de los medios electrónicos (no del comercio electrónico), aplicable a las operaciones y actividades de tráfico de información comercial (como es el caso de la subasta inversa) es de apreciar un yerro cuando define el comercio electrónico, ya que se ha de entender que una cosa es

el comercio electrónico y otra muy distinta lo que se genera por la utilización de los medios electrónicos, como son los mensajes de datos a través de tales medios; es decir, lo que quiso definir el autor en cita (valga la observación) no fue el comercio, pues este es la compra venta de bienes y servicios electrónicos, tales como el computador, el cable de poder, etc.

En esta misma imprecisión cae el jurista José María Obando, al hablar de comercio electrónico, en vez de medios electrónicos, sosteniendo que el “comercio electrónico es el intercambio de ofertas y aceptaciones, generadora de contratos redactados sobre un soporte informático, enviados con métodos de transmisión telemática a distancia” (Obando, 2000, pág. 76). Siendo entonces que en este último sentido sí logra incluir la subasta inversa en su definición, puesto que pone de presente el “intercambio de oferta y aceptaciones...” que es precisamente lo que se materializa en la subasta objeto de esta investigación.

En este amplio espectro tecnológico, la ley 962 de 2005 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos” establece como principio orientador el fortalecimiento tecnológico, puesto que, la ley en su contexto tiene como finalidad el articular la actuación de la Administración Pública con una política de gestión en la que los administrados sean los beneficiados de los procedimientos electrónicos, lo que vino a ser fortalecido en virtud del principio de la planeación contractual que introdujo en la legislación el Decreto 734 de 2012, “por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y se dictan otras disposiciones” (Pino Ricci, 2009, pág. 89).

Complementariamente, queda enmarcado todo el proceso tecnológico y de gestión en materia de contratación con la expedición de la reciente Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, la cual en conjunto con la 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”) generan un nueva regulación en esta materia. Lo anotado considerando que la ley 1437 de 2011 señala en el artículo 35 que “los procedimientos

administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley”, mientras guarda en todo el Título IV, desde el artículo 53 hasta el 64 inclusive, toda una regulación en esta materia, quedando así marcado un énfasis direccionado hacia la eficiencia en la gestión estatal, ya se trate de aspectos contractuales, incluyendo desde luego la subasta inversa, o de cualquier otro tipo de aspecto.

## **FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA. SUBASTA Y MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **2.1 ANTECEDENTES**

La palabra subasta tiene “raíces históricas lejanas y procede del latín *sub asta*, bajo lanza” (Gargollo, 1989, pág. 17).

Uno de los ejemplos históricos más famosos es el de la subasta de la esposa durante el imperio babilónico, la cual se llevaba a cabo anualmente y en donde la operación comenzaba con la subasta de la mujer más bella y luego se procedía una a una con las demás; era de hecho un acto ilegal "obtener" una esposa fuera de dicho proceso de compra. Igualmente famosas eran las subastas de esclavos durante el Imperio Romano los cuales eran capturados en campañas militares para luego ser subastados en el foro. Posiblemente, la más antigua casa de subastas es la Auction House de Estocolmo (Estocolmo Auktionsverk), la cual se estableció en 1674 en Suecia (Castillo y Castillo, 2010, pág. 34).

A finales del siglo XVIII, poco después de la Revolución Francesa, las subastas llegaron a celebrarse en las tabernas para vender artículos de arte. En el caso de las subasta dinámicas, el que dirige y adjudica públicamente al ganador de la mejor puja (oferta) se denomina subastador o martillero, en referencia al uso de un martillo madera que golpea sobre un mesón para indicar la finalización de la subasta.

### **2.2 EUROPA**

En Europa es la Unión Europea la que ha venido a regular el sistema de contratación pública, ya que mediante la Directiva 18 de 2004 apunta el autor antes en cita, “se dan parámetros obligatorios para el uso de la subasta inversa a sus países miembros, tanto así que Austria y el Reino Unido han establecido la figura y la usan vigorosamente” (Castillo y Castillo, 2010, pág. 54). “En el caso de Latinoamérica, debe destacarse a Brasil, que bajo la modalidad del llamado ‘pregao’ ha hecho uso intensivo de la herramienta como proceso autónomo de selección, con resultados notables” (Ruiz, 2010, pág. 78).

En este Continente se prevé la posibilidad de que el oferente presente la oferta mediante “conformación dinámica” en la licitación pública, de manera tal que se admiten dos posibilidades: presentar la oferta a través de la subasta y ponderar su resultado posteriormente con el que se derive de los demás aspectos de la oferta presentados anteriormente o, precalificar previamente los demás factores, de forma que mediante una fórmula matemática se permita a quienes participan en la “conformación dinámica de la oferta” saber en todo momento, a partir de las posturas que hagan, como se clasifican en relación con los demás. Este último es el sistema adoptado por la Unión Europea (Parada, 1999, pág. 45).

El otro mecanismo

es el uso de la subasta inversa como método autónomo en donde se tiene en cuenta el precio en términos de las características técnicas uniformes y de común utilización, buscando con ello reflejar el consenso internacional sobre el particular, y de esta forma se contrata sin tener el precio como punto de referencia de la subasta, sino como componente de las características del producto (Pareja Alonso, 1998, pág. 32).

Por lo cual no se contrata por el precio, sino por el precio y la calidad del bien o servicio ofertado, ya que se sigue es la naturaleza del objeto a contratar y no su valor.

## **2.3 COLOMBIA**

Antes de legislarse en materia de la aplicación de la regulación referente a los medios electrónicos que son los que se utilizan para el ejercicio de la subasta inversa, según el escritor Juan Carlos Echeverry

el Gobierno de Colombia y el Banco Mundial emprendieron la tarea conjunta de reflexionar acerca de las bases de política pública que han permitido desarrollar la contratación de las entidades del Estado Colombiano (...) Lo anterior, con el fin de estudiar a fondo los diversos elementos que confluyen en el tema de la contratación estatal, para de esta manera plantear una nueva visión del manejo y organización que se le había dado al tema (...) Con el fin de cumplir con el anterior objetivo, se elaboró un cronograma de tareas y actividades desarrolladas desde finales del año 2001. Una de ellas, se denominó “Misión de Contratación”. Allí, los más autorizados doctrinantes en materia de contratación pública estatal tuvieron la oportunidad de preparar diversas ponencias que,

en su conjunto, sirvieron de base para formular una especie de política pública en materia de contratación estatal (Echeverry Garzón, 2002, pág. 39);

de manera tal que no podría hablarse de improvisación en esta materia.

Colombia ingresa al proceso de contratación electrónica con la expedición de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999 o Ley de Comercio Electrónico, ya que con la misma se señaló el camino de lo que, a finales del año 2008, vino a convertirse en la regulación de la subasta inversa, en tanto con dicha Ley 527

se definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecieron las entidades de certificación digital, y siendo la norma en comento de tipo transversal, con ella se habilitó el sistema de contratación por medios electrónicos (Penagos, 1987, pág. 43).

Sin embargo, es el precio el factor primordial que en esencia orienta esta normatividad y toda la normatividad que en materia de subasta inversa se tiene en Colombia, hasta cuando en abril de 2012 se expide el Decreto 734 de este año.

Ahora bien, teniendo en cuenta que cuando se tiene el factor precio como el determinante en el proceso de contratación se excluyen otros como la calidad, por ejemplo, es evidente que se limitan los beneficios sociales que se generan puesto que el oferente hace la “puja” con base al precio exclusivamente, y el ente estatal adquiere el bien y/o servicio en esas mismas condiciones, de tal manera que ante esta realidad jurídica social, la presente investigación asume como un fin el demostrar que el nuevo Decreto 734 de 2012 acertó el componente estructural de la subasta inversa, aunque aún quedan algunos vacíos, como se demuestra en este estudio. Para tal efecto; esto es, para desarrollarla, se describe la norma, se analiza y con base a ello se establecen las ventajas y desventaja del sistema regulado en la legislación en cita.



## 2.4 CONCEPTO DE SUBASTA INVERSA

El concepto de subasta inversa es tan antiguo como la historia de las transacciones económicas; en ella

el oferente ofrece un bien o servicio a la demanda. Cuando la oferta es escasa, insuficiente, o heterogéneamente valorada, el modelo de subasta propone posibles mecanismos para la adjudicación de las unidades existentes a los diferentes postores, que pueden girar en torno a un precio que se eleva progresivamente, o que disminuye, a una ronda de ofertas en sobre cerrado, etc. (Ruiz, 2010, pág. 76).

La subasta inversa, comenta el jurista Juan Segundo D'Martino

busca un mecanismo de transacción, el precio, para cuando existe puede exponer sus necesidades y permitir que la oferta compita entre sí para satisfacerlas: sin embargo, esta no excluye que se tengan en cuenta o haga parte de las mismas otros factores medibles y cuantificables, como por ejemplo la calidad del bien y servicio (D'Martino, 2010, pág. 2).

Del aspecto operativo y funcional de esta figura, la modalidad electrónica es la regla general. Los pliegos de condiciones determinarán márgenes mínimos de mejoras de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptados (Sánchez Castro, 2008, pág. 23).

La subasta inversa, tal como lo plantea el doctrinante Miguel Ruiz, siempre va a provocar la transacción comercial; es decir, una vez se abre la subasta inversa, según este autor, debe darse necesariamente la adjudicación; postura que no compartimos por cuanto la subasta inversa es un mecanismo de adjudicación pero jurídicamente no es la adjudicación, como tampoco la legislación colombiana dispone la obligatoriedad que por hecho de la subasta automáticamente debe darse la adjudicación, y por cuanto además ello sería contrario al principio mismo de la transparencia en los asuntos de la contratación estatal.

A su vez, con respecto al planteamiento del tratadista Juan Segundo D'Martino, tampoco es cierto que la subasta solo opera bajo condiciones de suficiencia en la oferta, ya que pudiera suceder, como lo afirma el jurista Agustín Madrid Parra “que el producto a adquirir mediante la subasta estuviera en escases transitoria, por ejemplo, y con ello no se anularía el proceso de la

subasta” (Madrid Parra, 2002); esto es, el hecho de que el producto sea de oferta escasa no significa que no se puede utilizar la subasta para su adquisición por este medio, entre otras cosas por cuanto la subasta no hace distinción entre abundancia o escasez.

No es difícil probar que antes del Decreto 734 de 2012, la subasta inversa se sustraía al precio, puesto que la subasta inversa en Colombia se maneja por el sistema de precio únicamente, lo cual es un error, puesto que la misma Contraloría General de la República ha sostenido que en la puja de precio en materia de subasta inversa esta entidad ha encontrado casos como en el INPEC, donde la adquisición de material impreso, por ejemplo, por este sistema se ha venido adquiriendo históricamente en el mercado externo a los centros reclusorios, sin tener en cuenta que los presos elaboran un diseño, acabado e impresión en policromía de más calidad, ya que las maquinas litográficas son de propiedad del mismo Instituto penitenciario (Navarro Manjarres, 2009, pág. 65).

El aporte de Navarro aclara lo señalado respecto del análisis hecho a la postura doctrinal de D’Martino, ya que conforme aquel lo apunta, en el caso del Inpec, allí no se trata de que haya escasez de bienes (papel impreso) para utilizar el mecanismo de la subasta inversa, sino que es un asunto de precio, y no de escasez, pues de cualquier manera el Inpec necesita del material impreso, y como tampoco es la abundancia o su escasez la que determina el uso de este instrumento, como lo señala el tratadista Miguel Ruiz.

La subasta inversa “es propia del mercado de competencia imperfecta, teniendo en cuenta que el mercado de competencia perfecta es una creación ficticia de la ciencia económica, lo que le facilita a los oferentes que manipulen los precios de ofertas” (De Vega, 2005, pág. 26). Este es un error introducido en la legislación por el Decreto 2474 de 2008 que desarrollaba un espíritu en el que el modelo, su estructura y el mercado orientaban la subasta inversa bajo el sistema de precios únicamente, de tal manera que no era posible tener en cuenta el factor calidad.

En efecto, sobre este tipo de mercado, la competencia perfecta es un tipo o modelo de mercado en el que existen numerosos vendedores y compradores que están dispuestos a vender o comprar libremente entre ellos productos que son homogéneos o iguales en un mercado dado (como el

mercado del cobre, de la madera, del trigo u otras materias primas, productos agrícolas, valores financieros o productos que son bien conocidos y estandarizados), pero, sin tener influencia distinguible en el precio de venta porque este es fijado de manera impersonal por el mercado, en el cual la información circula de manera perfecta de tal forma que los compradores y vendedores están bien informados. Además, en este tipo de mercado los vendedores no dedican mucho tiempo a elaborar una estrategia de mercadotecnia ni a implementar actividades relacionadas con ésta, como la investigación de mercados, desarrollo de productos, fijación de precios y programas de promoción, porque desempeñan una función insignificante o ninguna en absoluto. Finalmente, y teniendo en cuenta las condiciones anteriormente descritas, los vendedores tienen una curva de demanda horizontal o perfectamente elástica, de tal manera que este mercado es absolutamente una ficción de la ciencia económica.

Por el contrario, “el mercado de competencia imperfecta surge en el mercado capitalista, donde opera la influencia de los agentes económicos sobre los precios” (Hernández, 2000, pág. 67). Yerra el autor en cita por cuanto

la competencia perfecta no puede ser un modelo de mercado, ya que como él mismo lo afirma, es un tipo de mercado ficticio (productos exactamente homogéneos) creado por la ciencia económica, y los modelos económicos no son expresiones hipotéticas sino parámetros probados bajo precisiones econométricas que le dan certeza en su aplicación; un modelo se elabora y como tal debe ser y es tangible para que pueda ser aplicado, de lo contrario caería en la ficción económica (Navarro Manjarres, 2009, pág. 68)

Considero que si se tiene en cuenta que una subasta puede definirse “como un mecanismo de asignación, en la cual compiten varios demandantes u oferentes por bienes o servicios, obteniéndose al final un ganador y un precio” (López, 2010, pág. 34) . Bajo esta precisión dicho mecanismo en la legislación colombiana se aparta de la generalidad de dicha definición, habida cuenta de que la ley no establece la posibilidad de que concurren simultáneamente y para el mismo objeto contractual, en busca de economía de escala, diferentes entidades estatales.

Entre tanto, de conformidad con el Decreto 734 de 2012, al tenor del artículo 3.2.1.1.1, la “subasta inversa es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado de conformidad con las reglas

previstas en el presente Decreto y en los respectivos pliegos de condiciones”. En el ejercicio de la aplicación del mecanismo de las subastas, en las

que existe un vendedor (subastador) que recibe propuestas individuales de un grupo de compradores (proponentes), no es de aplicación ni intrínseca ni extrínseca, ya que si bien pueden concurrir varios oferentes a subastar determinados bienes y servicios requeridos por el ente estatal, no se da el mismo direccionamiento con respecto a los entes estatales, que por contrario, actúan de manera aislada en el proceso de contratación con aplicación de este mecanismo (Arrubla Paucar, 2004, pág. 72).

Es más, el Estado desaprovecha, tal como está dispuesto en la legislación colombiana, el marco asimétrico de la subasta inversa, en el entendido de que una de las características principales de las subastas es la existencia de información asimétrica, entendida esta como aquella en que cada uno de los participantes conoce y están dispuestos a pagar individualmente por el objeto subastado, pero no la de los demás, pensamiento que desconoce igualmente el subastador.

Lo anterior indica entonces, tal como lo afirman Daniel Peña y Andrea Burgos

que tanto oferentes como demandante impulsan sus decisiones bajo el principio de la buena fe, que vendría a ser como la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, que descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociables (Peña Valenzuela & Burgos Puyo, 2003, pág. 74)

teniendo en cuenta que la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho, lo que en el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En efecto, en el derecho privado, el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe, mientras que los artículos 835, 863 y 871 del Código Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa calificada, so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

A su vez, en materia de contratación pública, comenta el tratadista Jacobo Pérez que “la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento” (Pérez Escobar, 2000, pág. 101), siendo así que la Ley 80 de 1993, recogida por el Decreto 734 de 2012, que de paso la afirma en su contenido, alcance y espíritu, en virtud del artículo 8.1.7., “De la normatividad aplicable a los contratos estatales”, incorpora este principio general en el artículo 5o., numeral 2; lo mismo que en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe. Además, en el artículo 28, en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos. Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Así pues, en nuestro concepto, la buena fe debe aparecer en todo el proceso de la contratación, bien que se trate de orden privada o pública, y es el instrumento que direcciona la rectitud que la ley recaba en el acto contractual, por lo cual debe ser demostrada, a la luz del ordenamiento jurídico; y es que la buena fe es un presupuesto de orden moral y ético, de donde he de sostener, que en principio, la subasta inversa se activa bajo tal principio, razón por la cual su instrumentación tecnológica puede ser mejorada. En este sentido recojo lo que sostiene Álvaro López:

aunque no es un instrumento apropiado para controlar la corrupción, ya que adolece de fallas en su estructura, puesto que está probado que ni la tecnología ni los demás elementos de los que se vale la subasta inversa están exentos de la manipulación humana, lo que no significa que se pueda llegar en algún momento a mejores condiciones instrumentales para llevar a cabo un control efectivo y total de la corrupción” (López, 2010).

## 2.5 CLASES DE SUBASTAS

Existen cuatro tipos básicos o clases de subasta inversa, citados por el autor Juan Ángel Palacios, a saber:

a. **Subasta con sobre cerrado a primer precio:** Bajo esta figura, el comprador sólo puede realizar una oferta, sin conocer cuál es el precio que ofrecen los demás; es decir, que cada uno de los postores sabe cuánto valora su bien ofertado, pero ignora la valoración de los otros, por lo que la adjudicación se hace a la oferta más alta. En este esquema, pujar alto para estar por encima de las otras propuestas (que se desconocen) supone aumentar la probabilidad de ganar, pero se asume pagar un precio alto por el bien ofrecido.

b. **Subasta Vickrey o de Segundo Precio:** La subasta de segundo precio es aquella que opera igual que la anterior (una sola oferta a sobre cerrado), pero con la diferencia que el precio a pagar por el ganador corresponde al de la segunda mejor oferta.

c. **Subasta Inglesa (ascendente):** En esta subasta los compradores emiten ofertas de manera ascendente, empezando por precios bajos y mejorando sus ofertas, hasta que ningún comprador puede superar el precio del último ofertante, a quien por tanto se le asigna el respectivo bien.

d. **Subasta Holandesa (descendente):** La subasta Holandesa consiste en que el vendedor o subastador empieza anunciando un precio, normalmente alto, y lo va disminuyendo hasta que alguno de los interesados toma la oferta” (Palacios Hincapié, 2011, pág. 76).

Esta última es la que se ejecuta en Colombia.

He de precisar que, no obstante que en Colombia es de aplicación la subasta Holandesa, es bajo el primer tipo, *con sobre cerrado a primer precio*, que opera con mayor facilidad el principio de la buena fe, y el de transparencia, teniendo en cuenta que el lance lo genera cada ofertante una sola vez sin conocer precios de la competencia en el momento de la subasta, y como quiera que la operación se hace utilizando los medios electrónicos, es evidente que el acto de puja se hace al amparo de la buena fe, y sin haber contacto de permanencia frente a la puja; es decir en cada lance, entre tales oferentes “el hecho que la asignación del contrato se dé con base un precio alto, es una ventaja relativa para la entidad estatal (Lozano Orozco, 2007, pág. 65), lo que pudiera ajustarse en la medida en que se disponga, como lo señala el Decreto 734 de 2012, una relación precio-calidad.

## 2.6 NATURALEZA

La subasta inversa es un modelo que, aplicado a un proceso de contratación, tiene como naturaleza el colocar en contacto oferentes y compradores a través del uso y aplicación de medio tecnológicos, a fin de facilitar las relaciones comerciales entre ellos. En este contacto, la intermediación “se puede llevar a cabo para transacciones B2B (Business to Business), B2C (Business to Consumer) o C2C (Consumer to Consumer)” (Parejo Alonso, 1995), en los que se destacan varias formas, según D’Martino, tales como:

a. **Agregadores de compras.** En los agregadores de compras o sistemas de compras son grupos de compradores que se unen para realizar una compra mayor, siendo así que su esquema de agregación de demanda de una compra grupal se materializa mediante el procedimiento a través el cual varios compradores, interesados en abastecerse de un mismo producto, se coordinan gracias al poder de comunicación que ofrece Internet, para realizar una compra de mayor volumen, logrando descuentos respecto al precio que cada uno obtendría si comprara por separado y en distintos tiempos.

Sin embargo, siendo este un modelo abierto, el mismo no tiene operatividad en la legislación administrativa colombiana, aunque el mismo, por su naturaleza generaría

economía de escala a la administración pública.

b. **Subastas en línea.** En su alcance general, las subastas en línea no se diferencian de las subastas tradicionales, a excepción del canal que emplean, el Internet.

La subasta en línea es aquella mediante la cual se genera un proceso de comercialización en el que un vendedor ofrece uno o varios productos a un grupo de compradores que realizan sus propuestas a través de pujas. Este modelo opera también utilizando el mecanismo según el cual es el comprador quien demanda un producto y los vendedores los que ofrecen el precio, proceso denominado subasta inversa, siendo este último el que se aplica en el medio colombiano.

c. **Centros comerciales virtuales.** Los centros comerciales virtuales son instalaciones mediante las cuales se facilita el acceso al comercio electrónico a pequeños negocios, y funcionando como una especie de encuentro entre diversas tiendas electrónicas que comparten costos e inversiones entre los participantes, lo cual los lleva a reducir aquellas barreras económica que limita gestiones a nivel individual.

d. **Comparadores de precios.** Los comparadores de precios son herramientas de la red que ofrecen búsquedas por producto y precio, comparando las ofertas que cada empresa ofrece en Internet, tal las operaciones comerciales que se realizan por mercado libre, por ejemplo” (D’Martino, 2010).

Permítame sostener que el primer modelo, aunque genera economía de escala, no es apropiado al escenario de la contratación administrativa en Colombia, puesto que

el hecho que los oferentes practiquen una especie de círculo de precio cerrado altera la libertad de concurrencia, al tiempo que permite que sean ellos quienes controlen la subasta inversa y al mismo ente estatal en el proceso de contratación (Jordán Flórez, 2001);

respecto del segundo modelo, que es el que se utiliza en Colombia, éste ha sido ajustado en virtud del Decreto 734 de 2012, teniendo en cuenta que no solo es el precio el factor de puja, sino



que ahora también la calidad se conjuga con el precio para tal efecto. Es, de todos los modelos expuestos, el mejor (Jordán Flórez, 2001, pág. 35).

## 2.7 MODELOS DE SUBASTA INVERSA

El mercado a través del tiempo ha venido desarrollado una serie de modelos de mercado dentro del marco de lo que es la subasta inversa. Entre estos modelos se tienen:

a. **Modelos basados en la venta directa.** Los modelos basados en la venta directa son aquellos en los que, si bien se despersonaliza la atención al cliente, dado que el instrumento idóneo en el contacto comercial es el Internet, lo cierto es que quienes demandan los bienes y servicios que allí se ofrecen por lo regular buscan precios menores en lo ofertado, mientras que los oferentes, colocan el bien por el sistema de puja, buscando un precio más alto o favorable a sus intereses, hasta que las partes llegan a un punto de encuentro (equilibrio del mercado) con base a que el sistema determina el establecimiento de un tiempo durante el cual se pueden hacer la puja; es decir, las partes se encuentran sometidas a la presión del tiempo, al igual que en la subasta inversa que practica en Colombia para la contratación estatal.

Bajo este tipo de subasta se distinguen los siguientes tipos:

– **Comercio virtual.** El comercio virtual es el que se genera entre cualquier tipo de empresa o persona natural, quienes ofrecen y venden sus productos o servicios a través de Internet, los que a su vez clasifican en:

- **Provedores de servicios.** Estos son aquellas empresas o personas naturales que prestan sus servicios a otras empresas, cómo consultoría, servicios técnicos, etc.
- **Tienda virtual.** Las tiendas virtuales son las tiendas o comercios tradicionales que han trasladado su negocio a Internet o que han nacido directamente en la Red.

- **Ventas por catálogo.** Las ventas por catálogos son un sistema de venta que utiliza catálogo en línea y acepta pedido por correos electrónico pero trasladado a la Red.
- **Vendedores de bits.** Los vendedores de bits son un tipo de comercio que nace con Internet y que consiste en la comercialización de productos digitales, cómo música en formato mp3, libros electrónicos, fotos, etc.
- **Fabricante.** Son las empresas que han decidido comercializar sus productos directamente a los consumidores finales, eliminando los intermediarios. Pero no sólo comercializan directamente con el cliente final, sino que lo utilizan como canal alternativo de venta; es decir, multiplican las ventas a través de sus demandantes.

Pues bien, en todo este escenario se maneja el sistema de puja por subasta inversa, y si bien los demandantes pueden apreciar los bienes y servicios a adquirir y con ello determinar la compra, por lo regular los oferentes no garantizan los productos ofrecidos, por lo que el riesgo corre por cuenta del comprador, de donde se desprende que no se marca en la relación comercial un sistema de precio-calidad, sino sólo de precio.

Atendiendo a los modelos de subastas inversas anotados, en Colombia, en virtud del artículo 3.2.1.1.6 del Decreto 734 de 2012, la subasta inversa podrá tener una de las siguientes modalidades:

- a. **Subasta inversa electrónica**, caso en el cual la misma tendrá lugar en línea a través del uso de recursos tecnológicos;
- b. **Subasta inversa presencial**, caso en el cual los lances de presentación de las propuestas durante esta se harán con la presencia física de los proponentes y por escrito

de donde se desprende que en nuestro medio es de aplicación el modelo de subasta inversa basado en la venta directa dentro de la modalidad de la virtualidad, a través del cual se pone en contacto, aunque por el tiempo que estos permanecen en puja, si se da un contacto a través de esta, razón por la cual es conveniente el tipo de subasta Holandesa, como lo he venido

sosteniendo ya que aquí el contacto entre oferentes es nulo.

Se pone de presente con esta disposición que se busca el menor contacto posible entre proponentes, entre estos y los administradores de la cosa pública, lo cual encaja dentro del principio de transparencia de la contratación estatal.

## **2.8 LA SUBASTA INVERSA EN EL MARCO JURÍDICO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA**

El párrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 define la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable, de tal manera que la subasta inversa tiene cabida bajo este procedimiento jurídico administrativo, en tanto el mismo corresponde a un procedimiento reglado a través del cual se hace una invitación pública por parte de la Administración para que eventuales interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante. Esto es lo que no sucede, por ejemplo, con la contratación directa, que por el contrario, es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas en los casos expresa y taxativamente previstos en la ley, artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, mediante un trámite simplificado, abreviado, ágil y expedito, que debe cumplir los mismos principios que la ley dispuso para el primero.

Considero que como quiera que en el marco del proceso licitatorio se esbozan como principios fundamentales los de libertad de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia (aunque en virtud de la Ley 80 de 1993 se tienen como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva), esto indica que al no establecerse por ejemplo el de libre concurrencia, se

genera un limitado círculo de la administración de turno, que distorsiona el principio de transparencia, y esto afecta por igual la modalidad de subasta inversa, en donde solo concurren quienes son invitados, y no quienes tuviesen el derecho a ello, si la norma hubiese dispuesto el principio en comento como otra de sus exigencias.

Este factor provoca entonces que en muchas ocasiones, por lo limitado del círculo de invitados (aunque en los términos del Decreto 2474 de 2008 se pretende el anonimato entre oferentes), estos se conozcan y de esta forma manejen, acomoden los precios de ofertas con base a juegos de conveniencia, alterando en consecuencia el principio de buena fe y siendo por ello que afirmo que el tipo de subasta de mayor conveniencia es el de sobre cerrado a primer precio, ajustándolo al Decreto 734 de 2012.

## **2.9 LA TEORÍA DEL PRECIO ÚNICO**

Teniendo en cuenta que el precio en el mercado “se forma con base a una relación directa entre oferta y demanda” (Gutiérrez Gómez, 2002, pág. 98), su connotación jurídica estará determinada por esa misma relación. Pero en el marco de lo que el campo del derecho constitucional y administrativo se denomina principio de transparencia, el precio único, por la naturaleza que le acompaña, está sujeto a aspectos de demanda, oferta y transparencia, por lo cual en este no van inmersos ni elementos ni condiciones de calidad; sin embargo, ello no significa que el mismo no pueda ni deba combinarse con este factor esencial en los aspectos de contratación.

En el marco del derecho civil, es en Título IV, artículos 1445 sucesivos y hasta el 1456 inclusive donde se regula el sistema de precio en materia civil, para lo cual se ha de tener en cuenta que en la fijación del Precio en la Subasta civil los consumidores entregan algo de valor económico al vendedor, a cambio de los bienes y/o servicios que recibe, siendo así que la cantidad de dinero que se paga por los bienes y/o servicios constituyen su precio, de tal manera que el precio de un producto influye en la percepción que tiene el consumidor final sobre el producto y/o servicio que recibe, y sin que ello permita obviarse a qué tipo de mercado se está enfocando el producto. Esto se desprende de los artículos antes citados; es más, establece el

artículo 1449 del ordenamiento civil que “el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Al analizar el alcance del artículo 1449 del Código Civil, y confrontarlo con la subasta inversa que se practica en Colombia, he de precisar que ante el hecho de que, como se ha venido señalando, los oferentes tengan múltiples posibilidades de puja, lo cual les permite permanecer en contacto a través de los medios electrónicos (aunque desde luego no se conozcan sus nombres o razón social) en los términos en que se practica la subasta inversa los oferentes sí logran el control de precios, ya que estos quedan sujetos a la tendencia que se muestra electrónicamente respecto de lo cual el oferente hará otra puja; pero considerando su puja anterior, y como quiera que el mismo continua enfrentando el precio de la competencia, supone entonces que el precio que pujó con anterioridad fue superado a la baja por el de la competencia, por lo cual en su siguiente puja la hará con otro precio inferior, y así sucesivamente, siendo esta una de las formas de controlar y disponer del precio, de tal manera que no se cumple con exactitud el precepto legal.

Lo anterior indica entonces que los oferentes en una subasta inversa establecen el precio de sus productos tomando en cuenta el precio de los productos de la competencia, por lo que deben averiguar los precios de productos similares o parecidos y compararlo con el que se determinó para su producto; más, a partir del Decreto 734 de 2012, deberán incluir el ingrediente calidad, haciéndose más compleja la competencia durante la puja.

## **2.10 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL**

La Constitución Política colombiana determina que el Estado tiene una naturaleza jurídica enmarcada dentro de los presupuesto del Estado Social de Derecho, al tenor del artículo 1º., que establece que

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general

con lo que se está señalando que los actos que emanen del Estado deben consultar, como esencia, el interés social, siendo que dicho interés tiene un alcance de beneficio social, y éste excluye todo acto de corrupción, lo que significa que todo acto contractual que celebre el Estado debe estar exento de corrupción.

La norma transcrita, es concordante con el alcance del precepto constitucional 2º que dispone que

son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo;

siendo que el servir a la comunidad implica actuar dentro de los presupuestos de la ética, la moral y las buenas costumbres, mientras que para promover la prosperidad se requiere desarrollar gestiones administrativas direccionadas hacia el bienestar social con la ejecución de aquellos contratos. Que requieran tanto la entidad como el ente estatal, es decir, los principios constitucionales que, en consonancia con los de la contratación estatal (transparencia, buena fe, etc.), buscan que los recursos financieros del presupuesto de la entidad tengan el debido uso y dentro de actos administrativos que consulten la moral, la ética y las buenas costumbres.

Ante todo lo expuesto, aconseja el tratadista Jorge Enrique Ibáñez Najjar que

los actos de los administradores estatales surjan en armonía con dichas premisas, puesto que son los actos administrativos humanos los que determinan si se procede bajo acciones de corrupción, en cuyo caso, lo que no indica necesariamente que el acto sea ilegal, ya que pudiera ser que el acto se acomodara al interés particular del administrador o del contratante; así, al hacerse una convocatoria a licitación pública, por ejemplo, el administrador puede, y aunque ello es contrario al ordenamiento legal, adecuar los pliegos de condiciones a su interés o al del contratista, en cuyo caso los medios electrónicos de la subasta inversa, si bien pueden ser legales y adecuados, no así su elemento complementario (pliego de condiciones) (Ibáñez Najjar, 2007, pág. 44).

El mandato en comento, infiere por consecuencia que los actos de la administración pública

deben estar ajustados a la cualidad y deben hallarse en armonía con el ordenamiento jurídico, siendo entonces que, conforme lo venido en análisis, la subasta inversa y todos los instrumentos y/o medios electrónicos que lo acompañan, deben estar por igual amparados esencialmente bajo el principio de la Buena fe, y el de la transparencia, y en general por los principios de la contratación estatal, para que cumplan sus objetivos sociales.

Dentro del contexto conceptual, considero que cualquier acto administrativo expedido por la autoridad administrativa competente, incluyendo desde luego el referido a la subasta inversa, está llamado a encontrarse armónicamente con las disposiciones constitucionales y las de orden legal que regulan la materia respecto de la cual se ha expedido dicho acto, de tal manera que el mismo exprese el vínculo de beneficio social que debe primar en él.

Teniendo en cuenta que la actividad contractual en el Estado social de derecho, como asegura el jurista Monroy Cabra, “es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad” (Monroy Cabra, 1994, pág. 94) previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales, como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho, se dispone entonces que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Considero, en consecuencia, que el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo; todo ellos con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas, siendo una de estas tareas precisamente la que impone el Decreto 734 de 2012 respecto que en el pliego de condiciones se deben incluir los parámetros de calidad de los bienes y servicios a adquirir, y no solamente el precio.

De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues hay quienes sostienen, como Orlando García Herreros,

que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares, pero este apoyo debe estar sujeto a la eficiencia que entre el mediano y el largo plazo generen los bienes adquiridos (García-Herreros, 1997, pág. 84);

es más, el interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado a los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como una responsabilidad en materia de la función social que se requiere para la realización de dichos fines, por lo que no es contrario al ordenamiento constitucional ni legal el establecer, para la aplicación de la subasta inversa, exigencias adicionales, como la variable calidad en forma complementaria a la del precio, tal como lo registra la nueva disposición legal.

En este orden de ideas, confirma el tratadista Juan Carlos Expósito Vélez: “la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa” (Expósito Vélez, 2009, pág. 33), y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. Esta es mi opinión, la que a su vez me permite sostener que a la administración no le es dable legalmente exigir un factor o variable adicional a la que establece la ley, por lo que es en esta de donde es jurídicamente viable establecer tal exigencia, como se puede apreciar en el alcance del Decreto 734 de 2012.



Ahora bien, al menos en Colombia la subasta inversa utiliza como instrumentos, para su ejecución, los medios electrónicos, pero también los pliegos de condiciones, tal como se ha venido analizando, lo que indica que dichos medios, además de la licitud de su utilización, deben estar operativamente aptos y ser instrumentos de confianza para los oferentes, por lo que si eventualmente se alteraran los mismos, o se condicionaran a las pretensiones de cualquier administrador de la cosa pública u oferente (por ejemplo, en el caso del denominado “carrusel de la contratación”, bajo la administración del Ex alcalde Samuel Moreno Rojas), resulta entonces que se desvirtúa el presupuesto constitucional del artículo 1º., puesto que habría desviación del interés social hacia el particular, como en el caso que nos ocupa. Y si bien los hechos anotados se sucedieron en una cadena que antecedió a la entrada en vigencia del Decreto 734 de 2012, lo cierto es que ello demuestra que el sistema de contratación estatal adolece de fallas que permiten actos de corrupción, y si bien con la entrada en vigencia del decreto en cita se pretende corregir tales situaciones, no por ello se puede afirmar que se acaba con tales prácticas.

En Colombia, no obstante aplicarse la subasta inversa y con ella los medios electrónicos, en muchos de los actos contractuales no prima el interés social, tal como sucedió con el notorio caso del “carrusel” de la contratación en Bogotá, o el caso de “Dragacol”–Ministerio de Transportes, en donde primó por el contrario el interés particular: en el del Carrusel de la contratación, el del alcalde Samuel Moreno y los vinculados procesales, tales como los Dávila; en el de “Dragacol”, el del ex Senador de la República y su yerno, propietario de esta empresa.

Los casos notorios anotados demuestran entonces que en materia de subasta inversa, no solo los medios tecnológicos o los pliegos de condiciones, por ejemplo, deben ser objeto de ajustes legales, a fin que se cumpla a plenitud el mandato constitucional y los principios de la contratación estatal, sino también otras variables, entre ellas las del precio y calidad, que es lo que en esencia el Decreto 734 de 2012 vino a corregir, al hacer tales variables interdependientes y a lo cual se debe sujetar el funcionario público en asuntos de contratación estatal.

## **2.11ANÁLISIS LEGAL**

Siendo, como en efecto fue, que mediante el Decreto 2170 de 2002, artículo 5, se introdujo el sistema de conformación dinámica de la propuesta en los procesos de licitación o concurso público, cuyas características se asemejan al de una subasta pero a la inversa, esto es, aquella en que los proponentes presentan en una audiencia pública diferentes posturas para mejorar aspectos dinámicos de la oferta (precio y otras variables medibles y cuantificables), hasta la integración de la definitiva, se ha de señalar que ni esta normativa ni el Decreto 2474 de 2008 definieron ni conceptualizaron el procedimiento ni el alcance de este mecanismo; es más, ni siquiera la Ley 80 de 1993 previó esta figura, en tanto en su artículo 30, por ejemplo, se estableció un proceso de selección que no da margen a la conformación de las ofertas a través del mecanismo en comento. Evidentemente, tal como se ha afirmado, el ordenamiento legal no definió el concepto ni el procedimiento al cual debería sujetarse la subasta inversa, razón por la cual el Gobierno hubo de reglamentarlo mediante el Decreto 2474 de 2008.

Ahora bien, vino a ser con la expedición del Decreto 734 de 2012, en cuyo artículo 3.2.1.1.1, se define lo que es una subasta inversa, pero también en el articulado de dicho decreto que se establecen modalidades, procedimientos, mecanismos y otros elementos y factores de la subasta inversa que se analizan enseguida.

En Colombia, en los contratos que deben celebrarse mediante licitación, los proponentes deben presentar su oferta económica teniendo en cuenta el presupuesto oficial del contrato, que debe estar incluido en el pliego y que se elabora con anterioridad al proceso licitatorio. De manera tal que al Estado no le interesa un proponente que ofrezca un precio que se encuentra por debajo del presupuesto oficial, como tampoco los ofrecimientos que sobrepasen dicho presupuesto, razón por la cual la entidad contratante establecerá como admisibles las propuestas que se encuentren en determinado rango; rango este ajustado a lo designado presupuestalmente. En este último caso, el precio es un factor de adjudicación pero dentro de los rangos establecidos por la entidad. Así las cosas, el interés general se garantiza cuando se adjudica a quien ofrece celebrar el contrato en las condiciones que mejor favorezca a la administración y en los términos previstos en el pliego, el cual incluye características de calidad, como se dispone en el Decreto 734 de 2012, por lo que ahora no es el menor precio el factor único de evaluación, una vez se esté en la puja; sin embargo, como quiera que la subasta inversa puede manipularse, como se ha

demostrado en esta investigación, tal como lo que sucede con los pliegos de condiciones (caso del “carrusel de la contratación”, por ejemplo) el sistema no es totalmente garante del principio de transparencia ni del de la buena fe.

### **2.11.1 El Decreto 734 de 2012**

Dadas las nuevas exigencias económicas jurídicas que han venido imponiéndose como resultado de los diversos Tratados de Libre Comercio firmados por Colombia con otros países y otros que se seguirán conviniendo, al igual que la entrada en vigencia de la nueva ley anti trámites, 019 de 2012, la del nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a partir del 2 de junio del presente año, es evidente que se debió ajustar sustancialmente la normativa contractual estatal regulada hasta entonces por la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, motivo por el cual se expidió, el 12 de abril del año en curso, el Decreto 734 de 2012.

El Decreto 734 de 2012, “por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, introduce en el medio contractual estatal una serie de modificaciones de alcance sustancial, tanto así que deroga disposiciones como los decretos 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011, 3485 de 2011 así como las demás normas que le sean contrarias, y subroga aquellas reproducidas expresamente en este decreto, constituyendo, ahora, la única norma reglamentaria a tener en cuenta.

En este escenario quedan recogidas y ajustadas a la nueva realidad de la dinámica económica, la ley 80 de 1993, y la ley 1150 de 2007; unificando de esta manera en un solo cuerpo normativo las reglas necesarias mediante las cuales se entran a regular los procesos contractuales, los contratos y demás elementos tocantes con estos, generándole una nueva dinámica a los procesos contractuales estatales, respecto de lo cual el mecanismo de subasta inversa toma una nueva connotación jurídica económica y social, habida cuenta de las falencias que se venían presentando con este mecanismo, lo que no significa que se hayan agotado las misas con la nueva

disposición legal, tal como se demuestra en esta investigación.

En su componente jurídico estructural, el Decreto 734 de 2012 pone de presente la reglamentación de la modificación introducida por el decreto ley 19 de 2012 en materia de RUP bajo la premisa de un avanzado sistema de verificación de requisitos habilitantes por parte de las cámaras de comercio, con una mayor cantidad de indicadores que permitirán a las entidades públicas contar con mayor información de los proponentes de acuerdo a su actividad sin ser calificados, y un sistema de clasificación simplificado y unificado con otros sistemas denominado CIIU. Este nuevo sistema cuenta con un régimen propio de transición; al mismo tiempo pretende la norma, desde este punto de vista, introducir una mayor garantía a la contratación estatal con base a una nutrida información que le genere mayor dinámica al proceso, en la medida en que, al tiempo que reduce una serie de trámite que inciden en el proceso de contratación y en la subasta inversa, extiende los mecanismos de generación de indicadores que, en cabeza garantista de las Cámaras de comercio, sirvan de instrumentos para que los entes estatales tengan mayores elementos de juicios a la hora de adjudicar un contrato.

No obstante lo anterior, se observa un vacío consustancial en el espíritu de la norma, pues no todas las Cámaras de Comercio del país cuentan con los medios idóneos para hacer cumplir esta disposición (por ejemplo las ubicadas en aquellos puntos geográficos en donde se carecen de profesionales tales como economistas, administradores de empresas, contadores públicos, etc., que les sirvan para apalancar el proceso de generación de los indicadores económicos de que da cuenta la norma lo cual vendría a desvirtuar la efectividad de la misma en el contexto geográfico general de la contratación pública en el país). Es decir, si bien en las ciudades capitales tales indicadores pueden ser abordados por las Cámaras de Comercio de dichos lugares, en aquellos sitios donde no existan profesionales especializados para elaborar los mismos no se cumpliría la normatividad, generándose ventajas en tales pueblos en donde los contratistas de los entes territoriales no estarían sujetos a concursar teniendo en cuenta los indicadores de tipo financiero, técnico, y de gestión, entre otros, lo que le quita uniformidad al proceso, y genera desigualdad, contrariándose de esta forma uno de los principios esenciales de la subasta inversa en el campo contractual, cual es el de la igualdad.

Se establece entonces que, en virtud del artículo 2.1.2.,

se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales (...) En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato (...) Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida (...) La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren (...) La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en el respectivo pliego.

De lo anterior, sostengo que con este precepto se ha venido a ajustar una de las falencias de la subasta inversa consistente en que tanto en la ley 80 de 1993 como en la ley 1150 de 2007 se dejaba en la entidad estatal la responsabilidad de responder por los riesgos de la subasta, teniendo en cuenta que, como lo confirman Natalia Diez y Adelaida Martínez, “en el escenario del precio se soporta la misma, y esta variable, al tomarse como independiente de la calidad del bien o servicio, que es donde se expresa, materializan los hechos de riesgos” (Diez & Martínez, 2012) Con este ajuste establecido por el Decreto 734 de 2012 se vino entonces a prevenir tal situación de riesgo, resguardando de una forma más realista y practica los bienes públicos, fundamento esencial de la contratación pública.

Lo anterior por cuanto al tipificarse en el pliego de condiciones los niveles, condiciones de riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato lo cual involucra los bienes y servicios objeto del contrato como una exigencia para la entidad estatal, los oferentes incluirán precios de riesgos en la oferta, y esto indica que en los bienes y servicios están asociando este

referente de calidad al riesgo, de manera tal que ya no se dará la limitante de la subasta inversa al precio, sino que por esta vía, al asociarse la calidad de los bienes y servicios ofertados a precios de riesgos, se deberán ofertar los elementos en términos de dicha asociación; es decir, en virtud del Decreto en comento y por disposición del artículo en referencia, la subasta inversa ya no quedará condicionada al precio (tendencia a su baja) puesto que los oferentes harán la puja consultando el precio con base a la calidad de los bienes y servicios ofertados, siendo que por este mecanismo se ha “introducido” en el sistema de contratación por subasta inversa un valor agregado que innegablemente beneficiará la contratación pública. No tendría validez legal el que la empresa o persona natural se niegue a responder por la calidad de los bienes y servicios contratados y que hayan salido con baja calidad, puesto que dicho artículo ordena que “los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior...”.

El hecho de que por disposición del artículo 2.2.3 se ordene que

sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos... el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos: 1. La descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar, la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos, según sea el caso,

sostengo que ello muestra que en el componente técnico el ente estatal está facultado para exigir factores de calidad en los bienes y servicios objeto de contratación mediante subasta inversa, puesto que es habilitante de ello la descripción técnica, teniendo en cuenta que esta no excluye la calidad, sino que por el contrario la habilita, por lo que quedaría en la responsabilidad del funcionario público que desconozca esta exigencia, y en caso que él o los bienes y servicios adquiridos no llenen las expectativas del ente estatal, ni cumplan, en términos de calidad, con las necesidades aportadas por dicho ente, es evidente que deberá activarse el Código unido Disciplinario; es más, ante esta eventualidad, puede darse la figura del daño patrimonial contra el Estado.

Concordante con la disposición, se registra en el artículo 5.1.2, lo que para la contratación estatal significan los mecanismos de cobertura del riesgo, respecto de lo cual se dispone que

se entiende por mecanismo de cobertura del riesgo el instrumento otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de esta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre ex puesta la administración según el contrato.

Interpreto de lo anterior que bajo la disposición en cita queda cobijada la calidad de los bienes y servicios convenidos entre las partes, en el entendido de que al asociarse, en virtud de este Decreto, precio con calidad, quedan vinculados al objeto contractual y por tanto a los sujeto de la contratación estos factores.

El Decreto bajo análisis, conforme se dispone en el artículo 2.2.5, señala que

la publicidad a que se refiere este artículo se hará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) cuyo sitio web será indicado por su administrador (...)

Con base en lo anterior, se publicarán, entre otros, los siguientes documentos e información, según corresponda a cada modalidad de selección:

1. (...)
2. El proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos. (...)
3. . Las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas.  
(...)
7. El pliego de condiciones definitivo.
8. El acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y de revisión de la asignación de riesgos previsibles y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.  
(...)
14. El informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

15. El acto administrativo de adjudicación del contrato. En los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación. En los casos de subasta inversa, el acta de la audiencia si es presencial o su equivalente cuando se realiza por medios electrónicos.

Opino que de esta manera la norma proyecta en la subasta inversa un instrumento de filtración garantista de la política contractual del Estado, que encuentra su fundamentación en la concordancia entre este articulado y el artículo 2.1.2, donde se introduce el vínculo entre precio y calidad. Los numerales 3, 7 y 8 de este artículo presentan el mismo alcance que el contenido del artículo 2.1.2.

Teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 2.2.9, en el que se dice que

el ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, se determinará de la siguiente manera:

1. En la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización la oferta más favorable a la entidad será aquella con el menor precio.

2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación.

3. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones;

b. La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones establecerá:

I. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

II. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas de calidad o de funcionamiento. Dichas condiciones podrán consistir en aspectos tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

III. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen



ventajas cuantificables en términos monetarios, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, valor o existencia del anticipo, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, servicios o bienes adicionales a los presupuestados por la entidad y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

IV. Los valores monetarios que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, de manera que permitan la ponderación de las ofertas presentadas.

En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir de conformidad con lo establecido en los estudios previos.

Para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja.

La adjudicación recaerá en el proponente que haya presentado la oferta con la mejor relación costo-beneficio. El contrato se suscribirá por el precio total ofrecido.

observo lo siguiente, con respecto a la subasta inversa, con excepción en la adjudicación por selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, en el que la adquisición se limita al precio:

1. Que la norma determina, en la política de contratación estatal, una exigencia taxativa para los funcionarios públicos, pero también para los particulares oferentes, consistente en que los bienes y servicios que vayan a ser objeto de un contrato deberán presentar márgenes de ventajas comparativa relativa en términos de calidad, para el proceso de adjudicación, para lo cual se hace énfasis, antes que en el precio, en el segundo

factor; desde luego que la ley no podría desconocer el factor precio, pero la firmeza para la toma de decisión contractual se ubica en la calidad, lo cual se desprende de lo siguiente:

a. En los procesos de concurso de méritos, prima la calidad.

b. En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa igualmente se asume relativamente con base a la combinación entre precio y calidad, pero otorgándosele mayor ventaja a la calidad, así:

ponderación entre precio y calidad; es decir, se determina un equilibrio entre estos dos elementos, siendo a partir de este equilibrio que la escogencia o selección de los bienes y servicios rompe el equilibrio, conforme se precisa en el literal “b”, en donde se habla de la relación costo–beneficio, y siendo éstos, factores económicos, se tiene que esta relación está marcada técnicamente por el elemento calidad; pues, a nivel de bienes y servicios, un beneficio se genera por la combinación equilibrada entre calidad y precio, pero teniendo en cuenta el resultado final de la combinación, y considerando que el precio queda sustraído una vez se agota el proceso de compra, queda en el producto y/o servicio, ya no el precio sino la calidad, que es la que viene a perdurar a través del tiempo, pues el precio queda agotado por el acto de compra, mas no así la calidad que permanece a través y con el producto y/o servicios, para beneficio del ente o adquirente, de manera tal que se desprende que el oferente deberá suministrar en los bienes y servicios, como punto apalancamiento referencial, una buena calidad, siendo esta la exigencia más pronunciada legalmente para la entidad estatal, ya que el pliego de condiciones, dice la norma, debe sujetarse a estas condiciones bajos los parámetros que la norma señala desde los numerales I hasta el IV, inclusive.

Con base a los numerales transcritos de la norma, considero que ante la subasta inversa el Decreto deja en cabeza de la entidad estatal el direccionamiento contractual con base a la calidad; veamos:

a. Numeral I: da cuenta de fijar la relación costo– beneficio con base a las “condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta”, y cuando se habla de aspectos técnicos es indiscutible que se hace referencia a calidad; ahora, la condición económica no solo involucra precio, sino también calidad, por lo cual queda marcado este énfasis frente al precio; desde luego, desde el punto de vista de la praxis jurídico económica dogmática.

b. Numeral II: enfatiza, ahora de manera directa y taxativa, en el factor calidad.

c. Numeral III: en este se observa que cuatro (4) veces se hace énfasis a la calidad (mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida; impacto económico sobre las condiciones preexistentes en la entidad directamente relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de riesgos previsibles identificados, servicios o bienes adicionales a los presupuestados por la entidad y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad); mientras que con respecto al precio lo son tres (3) veces (forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas).

d. Numeral IV: la narración de este numeral muestra que el precio depende de la calidad de los bienes y servicios a solicitar por parte de la entidad estatal, a lo cual se deberán sujetar los oferentes, lo que es una ventaja para la entidad estatal, al aplicar el mecanismo de la subasta inversa.

Me permito señalar, en consecuencia, que las anteriores eran falencias que se encontraban en el sistema de contratación estatal y que ahora han venido a ajustarse, puesto que para entonces la puja estaba limitada al precio; la calidad no contaba, y esto permitía que un oferente jugara con la calidad con tal de ser objeto de la adjudicación del contrato, disminuyéndole así la calidad a los bienes y/o servicios contratados, con graves perjuicios para el ente estatal. Los casos son innumerables.

El análisis en comento es tan acertado que al disponerse en el precepto en estudio que

para efectos de comparación de las ofertas la entidad calculará la relación costo-beneficio de cada una de ellas, *restando del precio total ofrecido los valores monetarios de cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas*, obtenidos conforme con lo señalado en el presente artículo. La mejor relación costo-beneficio para la entidad estará representada por

aquella oferta que, aplicada la metodología anterior, obtenga la cifra más baja,

me permite precisar que mi análisis y concepto tiene el acierto jurídico anotado; y sigo:

2. Que por haberse introducido el factor calidad la subasta inversa se desnaturaliza, puesto que como se ha sostenido en esta investigación, esta figura es un modelo que, aplicado a un proceso de contratación, tiene como naturaleza el colocar en contacto oferentes y compradores a través del uso y aplicación de medio tecnológicos, a fin de facilitar las relaciones comerciales entre ellos, lo cual no excluye la calidad.

En concordancia con el artículo en estudio, el artículo 2.2.10, ordena que

cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Analizadas las explicaciones, el comité asesor de que trata el parágrafo 2° del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo 1°. En desarrollo de lo previsto en el presente artículo, la entidad contratante no podrá establecer límites a partir de los cuales presuma que la propuesta es artificial.

Parágrafo 2°. En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos.

Cuando la norma, Parágrafo 1°, prohíbe que se establezcan límites a partir de los cuales

presuma que la propuesta es artificial, es precisamente para prevenir que el oferente recurra a superar ese límite sacrificando calidad y ajustando el precio a fin de ser objeto de la adjudicación; es una de las formas de preservar la uniformidad del espíritu del Decreto. Esto queda afirmado cuando se dispone que

en una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma.

La aplicación de la subasta inversa, no obstante, aparentemente no es una obligación concurrente, pues el artículo 3.1.2 del Decreto 734 de 2012, dispone que

las entidades estatales **podrán** utilizar el mecanismo de la subasta inversa para conformar dinámicamente las ofertas en procesos de Licitación Pública, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 1 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. Para tal efecto, en el pliego de condiciones se establecerán las variables técnicas y económicas sobre las cuales los proponentes podrán realizar la puja;

es decir, al utilizarse el término “podrán”, desde el punto de vista de la interpretación jurídica gramatical, esta frase hace referencia a una opción, no es imperativa, taxativa, de manera tal que no obliga al representante legal del ente estatal a aplicar esta figura, pero al continuar con la lectura del articulado, en el dispositivo 3.2.1.2 se ordena lo contrario, y se hace taxativa la subasta inversa.

Más, al utilizarse dicha figura, en concordancia entre el precepto transcrito, y el artículo 2.2.9, numeral 3, es obligatorio observar el factor calidad conjuntamente con el precio, como componentes estructurales de la puja, a los cuales se sujeta la subasta inversa a partir del nuevo dispositivo legal.

Aún más, sostengo que lo anotado es tan cierto que el mismo artículo sigue y dice que “en el caso de una conformación dinámica parcial de la oferta, a los documentos señalados se acompañará el componente de la oferta que no es objeto de conformación dinámica” lo que demuestra que no es obligatoria la subasta inversa, más si este es el mecanismo seleccionado, para lo cual el ordenamiento legal permite la ejecutoria de la discrecionalidad administrativa,

ordena el Decreto en el tercer párrafo de la norma que

la entidad dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral anterior, con el fin de determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección. Con los oferentes habilitados, en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones, se realizará la subasta inversa para la conformación dinámica de la oferta.

Y ahonda aún más la norma en materia de manejo y aplicación de la calidad en su relación con el precio, al ordenar en el siguiente párrafo del mismo artículo que

en dicha subasta, los proponentes, en relación con aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas de conformidad con el pliego de condiciones, presentarán un proyecto de oferta inicial, que podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiendo por esta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta (...) **En ningún caso el precio ofrecido será la única variable sometida a conformación dinámica.**

La herramienta electrónica que se emplee deberá permitir (...) Si la subasta recae únicamente sobre algunas variables, las que no admiten mejora deben haber sido previamente evaluadas y alimentadas en el sistema, de manera que este pueda ante cualquier lance efectuar el cálculo automático del menor costo evaluado (negrillas fuera del texto);

es decir, vuelvo y sostengo que no es el precio el escenario que marca la decisión final, sino su combinación con otra variable, y esta, tal como se desprende del contexto general del articulado del Decreto y como se ha venido analizando, es el factor calidad.

He aludido a que en atención al artículo 3.1.2, bajo la interpretación gramatical, la subasta inversa no es obligatoria; sin embargo, conforme lo preceptúa el artículo 3.2.1.2, sí se hace obligatoria tal convocatoria ya que aquí se dice que

sin consideración a la cuantía del contrato a realizar, si el bien o servicio requerido por la entidad es de características técnicas uniformes y de común utilización **deberá hacerse uso de procedimientos de subasta inversa**, compra por acuerdo marco de precios o adquisición a través de bolsas de productos. (Negrillas fuera del texto).

Opino que el hecho de que en virtud del artículo 3.2.1.1.2 se tenga como único criterio de evaluación el precio, no significa que esta sea la variable determinante para la adjudicación del contrato de que se trate; pues una cosa es evaluar y otra bien distinta es adjudicar. Se evalúa para seleccionar pero no para adjudicar; para esto último se requiere que concurren precio y calidad, como he venido demostrado, en virtud del Decreto, motivo por el cual señala este mismo artículo que

las subastas podrán tener lugar por ítems o por lotes, entendidos estos como un conjunto de bienes agrupados con el fin de ser adquiridos como un todo, cuya naturaleza individual responde a la de aquellos de características técnicas uniformes y de común utilización. El resultado de la subasta se presentara a consideración del comité a que se refiere el párrafo 2º del artículo 2.2.9 del presente decreto, a efecto de que el mismo formule la recomendación pertinente a quien corresponda.

Añado además que se hace más específica la decisión contractual en materia de subasta inversa con respecto a la calidad, cuando en el artículo 3.2.1.1.3, se vincula directamente el alcance de tal decisión, precisamente con la calidad que debe aportar el bien y/o servicios al ente público, al establecerse que

como parte del contenido de los estudios y documentos previos señalados en el artículo 2.1.2 del presente decreto, cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, ***tendrá una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad.*** (Negrilla y cursiva fuera del texto).

Observo entonces que como quiera que la propuesta de calidad queda sujeta al pliego de condiciones en virtud de este decreto, es entendible que por el artículo 3.2.1.1.4, solo se exija que los proponentes en la propuesta incluyan

la información sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes y una propuesta inicial de precio, la cual sólo será abierta al momento de inicio de la puja. En caso de que el proponente no haga nuevas posturas de precio durante el certamen, dicho precio inicial se considerará su propuesta final.

Consustancial con lo que es un mercado de economía abierta, el Decreto, a efecto de la subasta inversa, exige cuando menos dos proponentes, lo que representa una ventaja competitiva para el

ente estatal en tanto ello permite que se confronten no solamente dos factores de precios, sino estos con dos factores de calidad, lo que hace que se predispongan los oferentes a “pujar” con referentes de calidad sabiendo que se puede dar el caso en el que finalmente queden solamente dos proponentes, respecto de lo cual ninguno de ellos correría el riesgo de perder el negocio por limitar la oferta al precio, si es que el Decreto lo permitiera, caso que no sucede con la nueva normatividad, como he venido demostrando y sosteniendo.

Como una salvaguarda tanto de la calidad lo mismo que para el cumplimiento en el suministro de los bienes y servicios propuestos y ofertados, el artículo 3.2.1.1.7 dispone que “los pliegos de condiciones determinarán márgenes mínimos de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables”. Cuando se dice en el artículo 3.2.1.1.8 que

antes de iniciar la subasta, a los proponentes se les distribuirán sobres y formularios para la presentación de sus lances. En dichos formularios se deberá consignar únicamente el precio ofertado por el proponente o la expresión clara e inequívoca de que no se hará ningún lance de mejora de precios,

opino que ello se debe a que el espíritu de la norma es conservar el componente calidad en los bienes y servicios objeto de la puja, lo cual se conjuga con la finalidad contractual del Estado.

No obstante lo venido dicho, considero que si bien bajo el alcance del precepto normativo del artículo 4.1.2, se busca que las Mypes crezcan, en los términos en que se encuentra narrado o escrito el artículo, dolarizando el mercado de competencia, ello va en desmedro de la identidad transaccional que debe darse en la economía colombiana en los términos de los Decretos Legislativos 143, 637 y 756 de 1951, mediante los cuales se autorizó al “Banco de la República para que, como banco central, se constituyera en el órgano de dirección monetaria, cambiaria y crediticio del Estado y se le facultó para dictar la regulación especial que necesitara el país en estos aspectos”, a partir de lo cual el signo monetario es el peso, no entendiéndose entonces el por qué no se habla en el Decreto 734 de 2012 de SMLM antes que valorizar toda transacción sujeta a puja en términos de un signo monetario extranjero, cuyo monto convoca, antes que a las Mypes y Mypimes colombianas, que por lo regular no disponen de condiciones financieras para ofertar por los montos allí señalados, que en su conversión suma la cifra de \$137.497.500, al cambio de junio 4 de 2012, a las de origen extranjero.



## 2.12 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado al pronunciarse respecto de la demanda de nulidad contra la decisión del Consejo Nacional de Televisión para adjudicar el espacio electromagnético, obviando la subasta inversa, ha sostenido, a nuestra manera de ver, de forma equivocada que

el uso de la subasta sólo podría hacerse, de considerarse conveniente a juicio de la Comisión Nacional de Televisión y dentro de la autonomía y margen de apreciación que le concede la Constitución y la ley, una vez estuvieran satisfechas las necesidades relacionadas con la verificación de las condiciones técnicas, profesionales y de idoneidad de los eventuales concesionarios, así como “la capacidad de los oferentes para ofrecer una programación más ventajosa para el interés público, con el fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, la necesidad de diversificación de las informaciones” y “el número de horas de programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y la viabilidad económica de programación del servicio”.(Art,48 de la Ley 182 de 1995, literales b, l y n).

En este esquema, la Sala considera que en caso de empate, donde ya se daría por sentado que ambas propuestas serían técnicamente elegibles y se encontrarían en las mismas condiciones en cuanto a las calidades de los aspirantes y de la programación ofrecida, sería posible analizar la conveniencia y viabilidad de usar mecanismos para maximizar el precio que se recibiría por la concesión, entre ellos, precisamente, la subasta.

Sin embargo, esa decisión es exclusiva de la Comisión Nacional de Televisión dentro del margen de apreciación que le permite la ley y de acuerdo con la ponderación que haga de los diferentes intereses generales que puedan entrar en conflicto. Esa valoración no corresponde a esta Sala.

Pues bien, consideramos equivocada la apreciación del Consejo de Estado en la sentencia en comento por cuanto al sostener que “sería posible analizar la conveniencia y viabilidad de usar mecanismos para maximizar el precio que se recibiría por la concesión, entre ellos, precisamente, la subasta”, está indicando, al hablar de maximizar el precio, que la adjudicación en este caso debe hacerse en términos de conveniencia para los ingresos financieros de la Comisión, pero no tiene en cuenta que este factor se hubiera podido complementar con la exigencia de calidad en la adjudicación, dejando con ella por fuera la variable calidad, que en esencia apunta a favorecer a

la comunidad, si se tiene en cuenta que la televisión es un medio público y que carece de una naturaleza privada, como erróneamente se desprende de la sentencia.

Desde luego que es entendible el sentido de la sentencia, “maximización de precio”, en razón del alcance que en este sentido le ha dado la ley que la regula, ya que es el precio el fundamento de la adjudicación en el caso de la subasta inversa. Sin embargo, bajo el Decreto 734 de 2012, es evidente que se tendrá que variar el sentido de este tipo de sentencia, por cuando, si bien al momento de expedir la sentencia no se encontraba en vigencia el decreto en cita, al preceptuarse en este un vínculo conveniente entre precio y calidad, la maximización del precio de que da cuenta la sentencia, deberá determinarse en función de la calidad del servicio en oferta.

Tal como lo ha dispuesto la Corte Constitucional

el examen de los cargos planteados en relación con el inciso segundo del numeral 1 del artículo 2º y el segmento acusado del numeral 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, comenzó por resaltar la sujeción de la actividad contractual del Estado, como modalidad de gestión pública, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en el artículo 209 de la Carta Política y al cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho, acordes con el interés general.

En esa medida, todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio a la discrecionalidad. El régimen legal actual de la contratación estatal está constituido por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. De acuerdo con el inciso final del artículo 150 superior, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para regular los aspectos más significativos de la contratación pública, dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales. Dentro de éstos, se encuentra la libertad de concurrencia u oposición, como manifestación del derecho a la igualdad de oportunidades. Este principio no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandato constitucional o legal, con propósito de asegurar la capacidad civil, la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cabal cumplimiento del contrato.

Al confrontar el contexto del Decreto 734 con la sentencia en cita, se puede apreciar una

confluencia jurídica entre uno y otro en materia de:

- a. Pluralidad de oferentes para la aplicación de la subasta inversa (“al menos dos”, dice el decreto),
- b. El Decreto cierra espacio a la discrecionalidad administrativa, y en este sentido la sentencia induce a ello,
- c. Se señala, mediante el decreto, el principio de igualdad de oportunidades a nivel de empresas no Mypes ni Mypimes.

No obstante que el Decreto 734 de 2012 aún se encuentra vigente en su integridad, conforme a los antecedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se resalta la evidente posibilidad de ser declarado, en su componente que vincula precio con calidad, nulo, ya que en su oportunidad lo dispusieron los organismos antes anotados al sostener que

a juicio de la Sala, para resolver el presente caso, lo primero que debe Plantearse es si las disposiciones demandadas configuran un exceso de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, así como una evidente vulneración del artículo 273 de la Constitución Política.

En opinión de la Sala, el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto 2474 de 2008 estableció una alternativa no prevista en la ley para la evaluación de las propuestas frente a los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en “la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo - beneficio para la entidad”. En efecto, la mencionada disposición dispuso un sistema de evaluación diferente a los previstos en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, lo cual implica una modificación de los términos y alcances de dicha disposición legal y, por consiguiente, un exceso en la potestad reglamentaria ejercida por el Gobierno Nacional con la expedición de la disposición demandada.

En este sentido, tal como se estableció en el auto de 6 de agosto de 2009, "A través del sistema de la relación costo-beneficio, el reglamento en realidad introdujo una nueva forma de evaluación, toda vez que indica la manera en la cual la entidad debe asignarle, a través de un procedimiento, el valor a cada una de las condiciones técnicas y económicas contenidas en el pliego de condiciones, para luego adjudicar el contrato al proponente que hubiere presentado la mejor oferta, según el citado sistema (Folios 187 a 220).

De otra parte, el acápite b) del numeral 3 del artículo 12 del decreto citado evidentemente desconoce el inciso segundo del artículo 273 Constitucional, toda vez que el Gobierno Nacional introdujo una modificación a la forma de evaluación de las propuestas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, a pesar de que dicha disposición constitucional defiere tal facultad exclusivamente a la ley.

En efecto, se reitera que de conformidad con el artículo 273 constitucional, la forma como habrá de efectuarse tanto la evaluación de las propuestas como las condiciones bajo las cuales aquella deberá llevarse a cabo, constituyen temas cuya regulación y definición se encuentran reservados a la ley.

Así las cosas, el artículo 12 del decreto 2474 de 2008, mediante el cual se estableció el método de evaluación de las propuestas en los procedimientos administrativos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en “la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo–beneficio para la entidad”, se declarará nulo por cuanto constituye un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional y vulnera flagrantemente los artículos 273 de la Constitución Política y 5 de la ley 1150 de 2007.

Por su parte, el artículo 14 del decreto 2474 de 2008 establece el procedimiento de presentación de la oferta mediante el sistema de subasta inversa y a través de un método dinámico. Al respecto, es preciso resaltar que la Sala en el auto de 6 de agosto de 2009, consideró que la finalidad de ésta disposición consiste precisamente en “dar plena aplicación a la alternativa de evaluación contemplada en la letra b) del numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2474, disposición que, según se dejó indicado anteriormente, corresponde a un método de valoración de ofertas no prevista en la Ley, a la cual le está reservado constitucionalmente el establecimiento de los métodos para tal efecto, por manera que así la norma cuestionada no posea en su contenido literal un método o alternativa de evaluación de la oferta, pues se trata de una norma que, en principio, apunta al establecimiento de la presentación de la propuesta, lo cierto es que obedece a un sistema de evaluación de las ofertas no contemplado en la ley (...)

Particularmente, los incisos 1, 2, 3 y final del artículo 14 del decreto 2474 de 2008 establecen el procedimiento de presentación de la oferta dinámica mediante subasta inversa para los casos de selección por licitación y por selección abreviada consistente en la ponderación de elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo–beneficio para la entidad. Dichas

disposiciones son del siguiente.

No obstante la sentencia anterior, se observa una contradicción esencial entre el alcance de aquella y la sentencia de la Corte Constitucional, en donde se dice que:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.

Y si el fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, en este interés está que los bienes y servicios que adquieran los entes estatales se sujeten a condiciones de buena calidad.

En su intervención, Fasecolda solicitó a la Corte

declarar la inexecutable del inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por vulnerar el artículo 209 de la Carta, con fundamento en las siguientes razones: (i) la imposibilidad de acompañar la esencia del proceso de licitación pública en la cual se debe seleccionar la mejor oferta de acuerdo con parámetros de calidad y precio, con un procedimiento en el que se persigue obtener el menor precio ofertado; (ii) no existe discusión sobre la posibilidad de estandarizar bienes, pero si respecto de los servicios.

Cuando se afirma que un servicio es estandarizable, en el fondo se renuncia a la obtención de la mejor relación costo-beneficio a que hace referencia el Decreto 2474 de 2008. Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. **Licitación pública.** La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de

licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente **de manera dinámica mediante subasta inversa**, en las condiciones que fije el reglamento.

De conformidad con la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el Decreto 2474 de 2008, el Gobierno Nacional estandarizó las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, en los eventos en que adquieran bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Más, si bien es cierto que los bienes son susceptibles de estandarizarse, no sucede lo mismo con los servicios, que por su naturaleza son imposibles de homogeneizar, dado que al ser elementos intangibles, como las pólizas, por ejemplo, carecen de corporeidad, y por lo tanto está en quienes las comercializan el manejar el precio, más el ente estatal no puede someter esta condición a exigencias de calidad, lo que apunta a señalar que se debió establecer un horizonte entre precio y calidad, esta última en términos de eficacia; y, lo anterior es tan cierto que Fasecolda sostiene que

en materia de seguros es muy difícil la estandarización, puesto que el servicio varía de asegurador en asegurador, e incluso, en la oferta de productos al interior de una misma aseguradora. Además, la calidad y oportunidad en su prestación depende de las características intrínsecas de cada asegurador y no del valor de la prima (precio).

## CONCLUSIONES

Considerando el alcance que desde el punto de vista doctrinal, socio jurídico y económico, tiene la subasta inversa, y en razón de los diversos modelos, la clasificación y características de la misma, se ha de concluir que:

a. Con el Decreto 734 de 2012 se llena un inmenso vacío existente en el Decreto 2474, y al tiempo se le cerró el pasó, al menos tangencialmente, a ciertas decisiones corruptas de algunos funcionarios públicos que aprovechándose del vacío del Decreto anotado, acomodaban las decisiones para favorecer a ciertos oferentes, al tiempo que se lucraban del soborno, de esta manera el principio de transparencia se hace un poco más expedito en la medida en que, el primero de los decretos en cita asocia el precio a la calidad de los bienes y servicios ofertados bajo el mecanismo de la subasta inversa.

b. El Gobierno Nacional, por ante el Decreto 734, si bien es cierto que cerró algunos vacíos contemplados en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, y en el Decreto 2474 de 2004, en el referido a la subasta inversa, no solo al definirla sino al asociar el precio con calidad, al igual que señalar procedimientos, ajustar el proceso de participación en la convocatoria (mínimo 2 oferentes en subasta), cerrando así la política de discrecionalidad de que se valían los funcionarios públicos, representantes de los entes estatales, también lo es que acomodó la disposición al marco de los TLC, sin regular un escenario protector participativo para las Mypes y Mypimes.

c. El hecho que en virtud del Decreto 734 se marquen, para efectos de, hipotéticamente favorecer la economía productiva y de empleo, a través de las Mypes y Mypimes, un límite superior (US\$75.000), para las Mypes; y otro entre uno inferior y otro superior, para las Mypimes, desvirtúa toda posibilidad de crecimiento de estas empresas, por cuanto al registrarse las cifras en dólares, es evidente que se está convocando una competencia foránea con mejor capacidad productiva, tecnológica, y demás frente a las empresas de este tipo de origen colombiano, dado que las condiciones de financiación, infraestructura productiva y tecnológica, entre otras variables, de tales empresas de origen nacional es más débil que frente a empresas que entran a competir a través de las ventajas

que les ofrecen los Tratados de Libre Comercio firmado por Colombia con otros países, entre ellos con los Estados Unidos; es más, no había necesidad de hacer registros en signos monetarios extranjeros como mensaje de bienvenida a la competencia extranjera, al tiempo que se está desconociendo las disposiciones legales que señalan que las normas colombianas deben registrar los signos monetarios en pesos; normas estas que se han citado en esta investigación.

d. En razón a que el Decreto 734 exija que al menos dos sean los proponentes en la subasta inversa, garantiza la aplicación del principio de transparencia y la convocatoria de la pluralidad en la participación habilitante de los oferentes, con lo que a los entes estatales se les garantiza bienes y servicios de mejor calidad.

e. El uso de la subasta inversa no depende de si se trata de bienes y servicios estratégicos, sino de la especificabilidad y de la competencia que se pueda desarrollar entre los proveedores, con base al precio y calidad de dichos bienes, por volumen y disponibilidad en el mercado, siendo este último el que juega como factor determinante, no para la adjudicación del contrato, sino para la puja en la subasta.

f. Si bien la puja se hace, por parte de los oferentes, con base al precio, tal lo dispone el artículo 3.2.1.1.4 del Decreto 734, esto resulta en razón que todo bien y servicio ofertado a un ente estatal deberá estar sujeto a lo que disponga el pliego de condiciones en términos de exigencia de calidad, por cuanto son los pliegos los instrumentos de referencia tanto para hacer la oferta como para participar en la puja.

g. Frente a los diversos tipos de subasta inversa, es de mayor conveniencia a los intereses socio jurídico, en Colombia, la denominada subasta holandesa.

h. La subasta inversa, no obstante sus ventajas para el control de la corrupción, no logra garantizar totalmente el que no se cometan estos actos, ya que así se han demostrado, por ejemplo en los casos del llamado “carrusel de la contratación”, en Bogotá, D.C., en donde se manipularon los pliegos de condiciones y de esta forma se afectó la subasta inversa, perdiendo en consecuencia credibilidad el mecanismo.



## Referencias

- Alessandri Besa, A. (1949). *La Nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Imprenta Universitaria.
- Alessandri, A. (1976). *Derecho Civil Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Zamorano y Acperan.
- Arrubla Paucar, J. A. (2004). *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*. Bogotá: Editorial Dike.
- Barrantes Venegas, C. P. (2006). *Reflexiones sobre contratación pública por medios Electrónicos en Colombia: Como pasar de la ciencia ficción a la realidad en los procesos de Contratación directa del Estado*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. México, D.F.: Editorial Comares.
- Brewer Carias, A. R. (1976). La distinción entre las Personas Jurídicas y las Personas Privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho No. 57.* , 115-135.
- Brewer Carias, A. R. (2003). Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999. En VVAA, *Derecho Público Contemporáneo* (págs. 48-54). Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (1998). *El registro de proponentes. Su nuevo régimen decreto 92 de 1998*. Santa Fe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Campos Monge, C. E. (2007). *Contratación Pública y Corrupción*. Bogotá, D.C.: Librería del Profesional.
- Cárdenas, J. P. (2007). *Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual. La Situación en Derecho Colombiano*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia - Universidad del Rosario.
- Carrejo, S. (1972). *Derecho Civil*. Bogotá, D.C.: Editorial Temis.
- Castillo y Castillo, F. (2010). *La Subasta Inversa*. Madrid: Porrúa.
- Castro Ruiz, M. (2006). *Contrato de licenciamiento de software en el Derecho contemporáneo colombiano*. Bogotá, D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá – Editorial Kimpres.
- Caumont, A. (2008). *Teoría ética del contrato. El negocio jurídico contractual como ámbito de eticidad preordenado para la composición autonómica de conflicto de intereses*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Correa, N. R. (2011). *Contratación Estatal*. Bogotá, D.C.: Universidad Javeriana.
- Dávila Vinueza, L. G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá, D.C.:

Editorial Legis.

De Vega, G. (2005). *La discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Facultad Jurisprudencial. Centro Integral Rosarista.

Del Castillo Restrepo, E. (2009). *La Reforma a la Contratación Pública. Interpretación y Alcance de la ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios*. Bogotá, D.C.: Fundación Universitaria Empresarial de la Cámara de Comercio de Bogotá - Uniempresarial.

Departamento Nacional de Planeación. (2004). *Manual de buenas prácticas para la gestión de la contratación pública*. Bogotá: Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP.

Diez, N. M., & Martínez, A. (2012). *El Proceso de Selección y Adjudicación de los Contratos Estatales y en Particular de su Medio de Control*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

D'Martino, J. S. (2010). *La Subasta Inversa en Colombia*. Bogotá: Documento de conferencia.

Dromi, J. R. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

Dromi, J. R. (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Echeverry Garzón, J. C. (2002). *Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Bogotá, D.C.: Impresos Talleres ABC.

Escobar Enríquez, Á. B. (1999). *El contrato estatal de obra*. Bogotá, D.C.: Edic. Jurídicas Ibáñez.

Escobar Gil, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Legis Editores.

Espinosa Quintero, L. (2010). *La contratación estatal en el comercio electrónico*. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Dike.

Expósito Vélez, J. C. (2009). *Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. El deber de la selección objetiva*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Farina, J. M. (2005). *Contratos comerciales moderno modalidades de contratación empresarial. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Gámez Vizcaíno, J. M. (2012). *Práctica contractual administrativa*. Bogotá, D.C.: Legis.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (1995). *Curso de derecho administrativo II*. Madrid: Civitas.

García-Herreros, O. (1997). *Lecciones de Derecho Administrativo y Constitucional*. Bogotá: Universidad Segio Arboleda.

- Gargollo, J. A. (1989). *Contratos mercantiles atípicos*. Barcelona: Editorial Trillas.
- Gómez Estrada, C. (2009). *De los Principales Contratos Civiles. Tercera Edición*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Güecha Medina, C. N. (2010). *Contratos administrativos, control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. Segunda Edición*. Grupo editorial Ibáñez.
- Gutiérrez Gómez, M. C. (2002). *Consideraciones sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico*. Bogotá: Editorial Legis.
- Henaó Hidrón, J. (1993). *Estatuto general de la contratación de la administración pública*. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hernández, P. (2000). *Introducción a la economía*. Bogotá: Editorial Dimaj.
- Ibáñez Najar, J. E. (2007). *Estudios de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.
- Illescas Ortiz, R. (2002). *Derecho de la Contratación Electrónica. Incidencia de la informática en el seguro y el reaseguro del nuevo milenio. Memorias del VI Congreso Ibero-latinoamericano de derecho de seguros. Cartagena de Indias, mayo de 2002*. Bogotá, D.C.: Ministerio de Comunicaciones.
- Jordán Flórez, F. (2001). *Las Nuevas Tecnologías, el Derecho y la Justicia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Laguado Giraldo, R. (2008). La Contratación Pública Electrónica en Colombia. *Revista Universitas No.108* , 335-455.
- Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato. Volumen I*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- López Guzmán, F. (2002). *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- López, A. (2010). *Subasta inversa en Colombia*. Bogotá: Editorial Dimaj.
- Lozano Orozco, G. (2007). *Ética de los Negocios*. Ibagué: Editorial Universidad del Tolima.
- Madrid Parra, A. (2002). El Negocio Jurídico Electrónico. En *Derecho del comercio electrónico*. Medellín: Editorial Dike.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Machi.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa - América.
- Molina Quiroga, E. (2001). La buena fe en la etapa precontractual. Contratos informáticos. En *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Parrot.

- Monroy Cabra, M. G. (1994). *Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Morales Restrepo, D. (1994). *Estatuto de contratación administrativa*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Mosset Iturraspe, J. (2006). *Contratos conexos, grupos y redes de Contratos*. Buenos Aires: A. Rubinzal – Culzoni Editores.
- Murray, A. (2004). La Regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y norteamericana. (Legis, Ed.) *Revista internacional*, No. 2 .
- Mutis Vanegas, A., & Quintero Múnera, A. (2001). *La contratación estatal: análisis y perspectivas*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana.
- Navarro Manjarres, J. A. (2009). *Contratación Estatal: Reformas-Aciertos y Errores*. Bogotá: Editorial Dimaj.
- Obando, J. M. (2000). *Aspectos impositivos de la ley de Comercio Electrónico en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina Fernández, G. (1987). *Régimen general de las obligaciones*. 4ª ed. Bogotá: Temis.
- Palacio Correa, R. S. (2012). *El Ejercicio de los poderes del Estado en el Contrato Estatal. Reforma al Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
- Palacios Hincapié, J. Á. (2011). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Parada, R. (1999). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Pareja Alonso, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Parejo Alonso, L. (1995). *Manual de Derecho Administrativo. Tomo II*. España: Parte Especial.
- Parra Gutiérrez, W. R. (1998). *Los contratos estatales*. Librería del Profesional.
- Penagos, G. (1987). *El acto administrativo. Cuarta Edición*. Bogotá, D.C.: Librería del Profesional.
- Peña Valenzuela, D., & Burgos Puyo, A. (2003). *El contrato de diseño, desarrollo y hosting de un sitio de Internet*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Vidal, J. (2004). *Derecho Administrativo. Doceava Edición*. Bogotá, D.C.: Editorial Legis y Universidad del Rosario.
- Pérez Escobar, J. (2000). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pino Ricci, J. (2005). *El Régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá., D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Pino Ricci, J. (2009). *La contratación estatal*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de

Colombia.

- Polo Figueroa, J. A. (2001). *Elementos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Quinche Ramírez, M. F. (2008). *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario.
- Ramirez Plazas, J. (2008). *Estatuto de Contratación de la Administración Pública, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. (1a. ed.)*. Bogotá, D.C.: Editorial ABC.
- Renato, A. (1979). *Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I*. Barcelona: Casa Editorial Bosh.
- Rengifo García, E. (2007). *Interpretación del contrato atípico a luz de la jurisprudencia colombiana*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rezzonico, J. C. (1999). *Principios Fundamentales de los Contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL.
- Rincón Cárdenas, E. (2006). *Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rincón Cárdenas, E. (2005). Contratación electrónica y su aplicación a la contratación bancaria. *Revista Universidad del Rosario, Serie Documentos, No. 38* .
- Rincón Cárdenas, E., & Ibáñez Parra, O. (2006). El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información. *Revista Universidad del Rosario* .
- Rodríguez Azuero, S. (2003). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Quinta edición*. Bogotá, D.C.: Editorial Legis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Rodríguez, G. H. (1988). *Contratos administrativos y derecho privado. 3ª ed.* Edit. Jurídica Wilches.
- Ruiz, M. A. (2010). *La Contratación Administrativa en Latinoamérica y los TLC: Causas y Efectos*. México: FCE.
- Sánchez Castro, M. (2008). *La contratación estatal en Colombia. Un nuevo reto con la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Obtenido de [www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad](http://www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad)
- Sánchez Goyanes, E. (1997). *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: UEM-CEES. COLEX.
- Sánchez Torres, C. A. (2004). *El Acto Administrativo, Teoría General. Tercera Edición*. Bogotá, D.C.: Legis.

- Santamaría, P. (2000). *Principios de derecho administrativo, volumen I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sayagues Laso, E. (1963). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Montevideo: Editorial Siglo XXI.
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sierra Rojas, A. (1996). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa.
- Silva Ruiz, P. (2001). *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales. Tomo II*. Lima y Bogotá: Editorial Palestra y Temis.
- Solano Sierra, J. E. (2000). *Procedimiento contractual estatal aplicado*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Suescún Melo, J. (2003). *Derecho privado, estudios de Derecho Civil y comercial contemporáneo. Estudios XIX, la Oferta y la Aceptación. Análisis del Derecho Comparado y Comentarios para la Modificación de la Legislación Vigente*. Bogotá: Editorial Legis.
- Tafur Galvis, Á. (1986). *Estudios de Derecho Público*. Bogotá, D.C.: Editorial Gustavo Ibáñez.
- Trigo Represas, F. (2001). *Contratos*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Vargas, E. (2003). *Interventoría de Obras Públicas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Vásquez García, R. J. (2000). *Tecnología digital y formalización contractual*. Madrid: Centro Regional de Extremadura.
- Vattier Fuenzalida, C. (2001). *En torno a los contratos electrónicos. Contratación contemporánea, contratos modernos, derechos del consumidor*. Lima- Bogotá: Palestra - Temis.
- Vidal, J. (1979). *El contrato de obras públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villar Ezcurra, J. L. (1999). *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los particulares*. Madrid: Civitas.
- Younes Moreno, D. (1996). *Curso de derecho administrativo*. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez

## **NORMATIVA**

Colombia. (2010). Decreto 2170 De 2002. Bogotá, D.C.: Edit. Dimaj.

Colombia. (2012). Bogotá, D.C.: Decreto 734 DE 2012.

Colombia. (2010). Código Civil. Edit. Dimaj, Bogotá, D.C.

Colombia. (2010). Constitución Política de 1991. Bogotá, D.C., Edit. Dimaj

Colombia. (2012). Ley 1437 de 2011. Edit. Dimaj, Bogotá, D.C.

Colombia. (2001). Ley 527 de 1999. Edit. Momo.

## **JURISPRUDENCIA**

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de Agosto 12 de 2008. Bogotá, D.C, P. Dr. Manuel Cepeda

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 645 de junio 21 de 2009. Bogotá, D.C.: .P., María Victoria Correa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713/09. Referencia: expediente D-7663. Bogotá, D.C.: siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009).Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación: 110010326000200900035 00-Referencia: 36601. Bogotá, D.C.: Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación No. 1966 – Solicitud de Ampliación - Expediente: 11001-03-06-000-2009-00049-00 .Bogotá D.C.: veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010). Consejero ponente: William Zambrano Cetina.

## **INFOGRAFÍA**

Sánchez Castro, Manuel. Abogados Consultores y Asociados Ltda. (2008). La contratación Estatal en Colombia. Un nuevo reto con la Ley 1150 de 2007 y Sus Decretos Reglamentarios. Extraído 12 de marzo de 2012, de [www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad](http://www.aon.com/colombia/about-aon/attachments/normatividad).