



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**ESTUDIO COMPARATISTA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE
CONTRATISTAS DE OBRA PÚBLICA
EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS :
de la rigidez a la flexibilización**

Autor :

Pauline Thiberge

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar por el título de:

Magister en Derecho Contractual Público y Privado

Directora: Ángela María Medina Panqueva

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Bogotá, D.C. Colombia, Junio de 2018

Tabla de contenido

Reconocimientos.....	5
Resumen.....	6
Palabras claves.....	6
Abstract.....	6
Keywords.....	7
Glosario.....	8
Introducción.....	9
RIGIDEZ DEL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: INEFICIENCIA DEL SISTEMA.....	14
Capítulo I.....	14
Visión administrativa de la contratación pública fuente de rigidez.....	14
1. Alcance y naturaleza de los principios de la contratación Estatal en el control jurisdiccional del contrato.....	15
2. Consecuencias de la rigidez de los procedimientos de selección del contratista de obra pública.....	35
3. Consecuencias de la rigidez de los procedimientos de selección del contratista.....	39
3.1 Ineficiencia de los procesos de selección formales: análisis del procedimiento de derecho común en Colombia y Francia.	40
3.2 Burlar la licitación o la huida hacia procedimientos menos formalizados	50
Capítulo II.....	57
Principios de contratación pública : criterio extensivo contrario a la claridad normativa?	57

1. Paradoja en la búsqueda de transparencia y la complicación del derecho público contractual : ¿ No es peor el remedio que la enfermedad ?	57
1.1 Manifestación y consecuencia de la proliferación normativa en derecho francés	58
1.2 Manifestación y consecuencia de la proliferación normativa en derecho colombiano..	63
2. Reforma estructural de los contratos públicos necesaria	68
2.1 Primicia de la recodificación de la contratación pública en Francia	69
2.2 Codificación de los contratos públicos en Colombia ?.....	71
Conclusiones	75
FLEXIBILIZACIÓN DEL TRÁMITE DE SELECCIÓN:	78
HACIA LA EFICIENCIA	78
Capítulo I	78
Visión económica de la contratación pública fuente de eficiencia	78
1. Finalidad de la flexibilización de los procedimientos de selección	78
2. Procedimientos de selección eficiente: la negociación.....	83
3. ¿ Implementación posible de procedimientos con negociación en el derecho colombiano?.....	94
Capítulo II	100
Flexibilización de las modalidades de selección : un esfuerzo más	100
1. Reducción del formalismo rodeaban la contratación pública	101
2. Modalidades de recurso a la negociación en los procedimientos : demasiado formal ..	105
3. Recurso a la negociación en los técnicas de compras pública	113

Capítulo III.....	119
Flexibilización del trámite de selección: ¿real eficiencia económica en la ejecución?	119
1. Ejemplo contratos de obras con negociación y deficiente en ejecución	119
2. Un modelo eficiente en la ejecución : acuerdo flexible	125
Conclusiones	134

Reconocimientos

Mis más sinceros agradecimientos a la Universidad Santo Tomás y, en especial, a mi tutora, la Doctora Ángela Medina Panqueva, por su orientación y consejos durante cada etapa de mi formación, sin los cuales ningún progreso hubiera sido posible. También, agradezco al Doctor José Luis Benavides de la Universidad Externado, por sus inestimables indicaciones y recomendaciones al principio de mi investigación, y al Doctor Jean-Baptiste Vila de la Universidad de Burdeos, por su seguimiento a distancia y sus preciosas explicaciones.

Resumen

La presente investigación analizará los motivos, las manifestaciones y las consecuencias de la existencia de procedimientos de selección rígidos desde una visión administrativa, antes de proponer al contrario la adopción de una reglamentación más económica de la contratación pública.

El estudio examinará los procedimientos de selección del contratista de obras públicas en Colombia partiendo de considerarlos procedimientos rígidos, a efectos de evaluar si su flexibilización resultaría beneficiosa y propendería por la eficiencia en las compras públicas, tomando como referente la reciente reforma introducida en el derecho francés por el derecho comunitario, con la finalidad de presentar el estado del arte en la materia y evaluar los posibles beneficios de adoptar un esquema similar.

Palabras clave

Contrato público, contrato de obras públicas, procedimientos de selección del contratista de la entidad pública, derecho comparativa Francia / Colombia

Abstract

The present investigation will analyze the reasons, manifestations and consequences of the existence of rigid selection procedures from an administrative perspective, before proposing, on the contrary, the adoption of a more economic regulation of public procurement.

The study will examine the selection procedures of the public works contractor in Colombia considering them as rigid procedures, in order to evaluate if their flexibility would be beneficial and would tend for efficiency of the public procurement, taking as reference the recent reform introduced in the French law by the community law, with the purpose of presenting the state of the art in the matter and evaluating the possible advantages of adopting a similar scheme.

Keywords

Public contract, public works contract, contractor selection procedures, comparative law France / Colombia

Glosario

Léxico colombiana	Léxico europea	Léxico francés
Anuncio de licitación	Anuncio de licitación	Avis de marché
Competencia efectiva	Competencia efectiva	Concurrence effective
Compras públicas	Compras públicas	Achat public
Contratación Estatal	Contratación pública	Commande publique ou contrats publics
Contratación pública	Contrato público	Marché public (traducción literal en francés: compras públicas)
Contratos de arrendamiento enfitéuticos	Contratos de arrendamiento enfitéuticos	Baux emphytéotique
Contratos públicos de obras	Contratos públicos de obras	Marché public de travaux
Convocatoria de licitación	Convocatoria de licitación	Avis de mise en concurrence - appel à la concurrence
	Invitación a confirmar el interés	Invitation à confirmer l'intérêt
Licitación	Licitación	Mise en concurrence
Licitación pública	Procedimientos abierto	Appel d'offre
Licitadores /participantes	Licitadores /participantes	Soumissionnaires
	Procedimiento de licitación con negociación	Procédure concurrentielle avec négociation
	Procedimiento negociado con publicación previa	Procédure négociée avec publication préalable
	Venta en el estado futuro de la terminación	Vente en l'état futur d'achèvement

Introducción

La actividad contractual de las entidades públicas representa cada año un reto importante del PIB colombiano y francés. La contratación pública, especialmente con respecto al contrato de obra pública debido a su peso económico, es una materia particularmente proclive a la proliferación y la reglamentación normativas.

Entendemos por contratación pública, el procedimiento a través del cual un ente que pertenece al ámbito público selecciona a una persona física o jurídica, para que lleve a cabo la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o, en su defecto, el suministro de un bien, para satisfacer una finalidad pública.

Esta investigación se enfocará en el estudio de los contratos públicos, igualmente denominados contratos de compras públicas, en la materia especial de las obras, aunque a veces para concluir con éxito la investigación, el análisis se extenderá también a la comparación con otras formas de contratos como las concesiones, las asociaciones público-privadas, las técnicas de compras, entre otras.

En la actualidad, el derecho colombiano de los contratos de obras públicas está regulado por diversas normas legislativas y reglamentarias. Inicialmente, la Ley 80 de 1993, pretendió crear una única categoría de contratos públicos denominada “contrato estatal”. Bajo esta legislación las formas de selección de contratistas del Estado se resumían en una regla general consistente en la licitación pública. Pero progresivamente había una dispersión de normas relacionadas con los contratos públicos, que añadieron muchas excepciones a la regla general. Finalmente, existen en Colombia cinco modalidades para la selección de contratistas, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, la Ley 1471 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015. Según dichas normas, la licitación pública representa, como hemos visto, la regla

general de las modalidades de selección. Las otras cuatro modalidades son el concurso de méritos (modalidad prevista para consultorías o proyectos), la contratación directa, la mínima cuantía y la selección abreviada (que corresponde a la modalidad de selección objetiva para aquellos casos previstos por la ley). Además, podríamos afirmar la existencia de seis modalidades para la selección del contratista de obras públicas de acuerdo con la Ley de 1882 de 2018, que ha introducido una licitación pública especial para seleccionar el contratista de obras públicas.

Por parte del derecho Francés, la arquitectura de los contratos públicos fue totalmente reorganizada, desde la reforma resultante de la Unión Europea, con la Directiva 2014/24/UE del 26 febrero 2014, para los contratos de obra y la Directiva 2014/23/UE de la misma fecha, para los contratos de concesiones. Esta reforma fue incorporada en el derecho interno, mediante la Ordenanza del 23 julio 2015 y su Decreto de aplicación del 25 de marzo de 2016 para las compras públicas. Así que ahora, coexisten dos tipos de contratos de compras públicas: los contratos de compras públicas clásicos que pueden ser contratos de obras, de servicios, de suministros, y los “marchés de partenariat” que se asimilan a los contratos de asociaciones público privadas en Colombia. Esta reforma ofrece la posibilidad a los diputados franceses hasta diciembre de 2018 (artículo 38 de la Ley Sapin II del 9 de diciembre de 2016) de adoptar un nuevo código de la “commande publique” o de contratación pública para no solo acabar la dispersión legislativa, sino también para armonizar y clarificar la regulación mediante la adopción de un nuevo código que reúna las normas aplicables a las compras publicas y los contratos de concesiones.

En el ejercicio de la contratación pública en Colombia y en Francia, se evidencian debilidades legales en la reglamentación de los procedimientos de selección del contratista de obra pública, y por tanto puede explicar la huida hacia otras modalidades de selección más

flexibles y menos controladas. Con respecto a las recientes reformas en el derecho colombiano y en el derecho francés sobre los contratos de obras públicas, se pretende analizar si la flexibilización de los procedimientos de selección del contratista de obra pública en Colombia y en Francia puede permitir una contratación y, en filigrana una ejecución, económicamente eficiente de los contratos públicos.

Esta investigación se justifica a través de diferentes elementos, tanto económicos como teóricos. Desde el prisma económico, las compras públicas en Colombia en el 2014, ascendieron a \$115 billones de pesos, es decir, el 16 % del PIB (Colombia Compra Eficiente, 2016). El mismo año en Francia, las compras públicas han alcanzado 200 millones de euros, es decir, 10% del PIB (economie.gouv.fr, 2016). Ambas cifras resaltan la importancia de mejorar la eficiencia de la contratación pública debido a su peso económico. Desde el punto de vista teórico, tanto la literatura supranacional como la nacional están volviendo a una mayor flexibilización. De hecho, por el lado de la Unión Europea, el Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea (1996) y sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea (2011), así como las últimas Directivas desde 2004, dan un retorno a una mayor flexibilización en la celebración de los contratos públicos. En particular desde la Directiva de 2014/24/UE, el lugar de la negociación en los procedimientos de selección del contratista pública se ha ampliado considerablemente (De la rosa, 2016). También la literatura del Banco Mundial, propensa a volver a medidas más flexibles en la contratación pública. Dicha literatura cuya influencia en la legislación colombiana es revelada por Benavides (2010) y (2016). Por el lado de la doctrina nacional, como se detallará más adelante, varios autores, tanto franceses como colombianos, destacan los beneficios de implementar una mayor flexibilidad, en particular mediante el recurso a la negociación en la contratación pública. Por estos motivos, la presente investigación se

centrará en la implementación o refuerzo de los procedimientos flexibles de selección del contratista de la administración.

El problema jurídico planteado así como la justificación de la investigación fija como objetivo principal analizar las similitudes y las diferencias para identificar debilidades y fortalezas en la regulación colombiana y francesa de la contratación pública sujeta a los procedimientos de selección del contratista de obra pública, a fin de incrementar su eficiencia, bajo el prisma de tendencia de globalización del derecho contractual, para determinar la viabilidad de la inclusión de ciertas formas de la flexibilización en el derecho colombiano. Con respecto a los objetivos específicos, la investigación evaluará los aciertos y desaciertos que se presentaron en Francia previos a la reforma de los contratos públicos de 2014 y las razones que motivaron la flexibilización de los procedimientos de selección del contratista de obra. Igualmente esta evidenciará si es conveniente la adopción para Colombia de una flexibilización, analizando los posibles impactos positivos o negativos de su implementación.

Nuestra hipótesis plantea la posibilidad de que la flexibilización de los procedimientos de selección y de sus modalidades de aplicación contribuyen a la escogencia eficiente del contratista de la administración desde una visión económica, y ya no sólo, como antes desde una visión administrativa. Sin embargo, para aspirar totalmente a la eficiencia económica, de la contratación hasta la ejecución, no se deben ocultar las ventajas de celebrar un acuerdo flexible. Para confirmarla, ha sido necesario agotar un proceso investigativo riguroso, desarrollado con una metodología analítica descriptiva con enfoque cualitativo y el apoyo de la escuela Alemana, en la que el análisis teórico y la técnica documental sea primordial, que compare la regulación normativa, las sentencias jurisprudenciales y las

posiciones doctrinales, con la finalidad de aportar elementos enriquecedores para ambos ordenamientos jurídicos.

Esto nos permite abordar nuestra investigación de manera integral, dando como resultado la resolución del problema jurídico esbozado y el planteamiento de una posición con tintes propositivos que busca contribuir al análisis económico del derecho comparativo sobre la escogencia del contratista de la entidad pública.

RIGIDEZ DEL PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: INEFICIENCIA DEL SISTEMA

Capítulo I

Visión administrativa de la contratación pública fuente de rigidez

Si la aparición de la noción de “contratación pública” en Colombia, y de “commande publique” en Francia, ha revelado la existencia de un corpus de principios pertinentes, hay que reconocer que esos principios no tienen al principio ni la misma naturaleza, ni al final el mismo alcance. Se tratará de demostrar que la realización de procesos de selección implica una actividad administrativa clásica, con fundamento constitucional asimilándola a un procedimiento administrativo cualquiera. De manera que, en Colombia, la concepción extensiva de los principios, especialmente del principio de libertad de concurrencia se convirtió en una prohibición de imponer condiciones restrictivas para la escogencia del contratista de la administración. Esta visión administrativa de la contratación pública, al priorizar unos principios y no tomar en cuenta aspectos importantes de la realidad del mercado, se traduce a través mecanismos de selección rígidos, en fuente de ineficiencia económica¹.

¹ Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado Europeo de la contratación pública más eficiente” del 27 de enero de 2011, disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>

1. Alcance y naturaleza de los principios de la contratación Estatal en el control jurisdiccional del contrato

A primera vista será necesario explicar los contornos de los principios de la contratación pública antes de analizar el alcance de esos principios en el control jurisdiccional del juez colombiano y francés.

El corpus de principios que rodea los contratos públicos en Francia y en Colombia, han sido revelados de manera diferente, lo cual explica que hasta ahora, tanto la naturaleza como el alcance de los mismos sean diferentes. Se tratará de demostrar en esta parte que la apreciación extensiva de los principios de la contratación pública, especialmente por parte del juez colombiano, justifica la existencia de procesos de selección rígidos.

En Francia, el artículo primero del Código de los contratos públicos de 2001, hace referencia por la primera vez en el derecho positivo a los principios de “libertad de acceso a la contratación pública, de igualdad de trato de los candidatos y de transparencia de procedimientos”. Esos principios adquieren después, el valor de principio general del derecho mediante la decisión del Consejo de Estado, *Blanchisseries de Plantin* en 2002. Luego, de principio a valor constitucional con la decisión de la Consejo Constitucional del 26 de junio de 2003. Desde esta decisión, los principios de libertad de acceso, de igualdad de trato de los candidatos y de transparencia de los procedimientos no solamente se aplican a las compras públicas sino también a todos los contratos públicos en general. Así, en el principio en derecho positivo, los principios de la contratación pública tuvieron una consonancia jurisprudencial antes de ser consagrados textualmente por el poder reglamentario, recibiendo al final una valor constitucional por el juez.

Subrayamos el papel importante de la literatura europea y del juez comunitario en la consagración de los “principios fundamentales”² a la totalidad de la contratación pública en Francia. La sentencia del principio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – CJCE- *Telaustria* en 2000, explicó que las entidades contratantes están obligadas a respetar en general las normas fundamentales del Tratado, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad contratante se asegure de que dicho principio es respetado. La obligación de transparencia viene del Tratado, no de las Directivas, por esta razón, pese a que algunos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas o tienen un valor por debajo de los umbrales formalizados, las entidades adjudicadoras deben respetar esos principios fundamentales.

En este sentido, una parte de la doctrina (Vergara R, Teresa A, 2011, p. 8) muestran que en América Latina el modelo de contratación ha sido fuertemente formalista e implica una actividad típicamente administrativa. En Colombia, sobre la visión administrativa de la contratación pública, Safar Díaz (2017, p. 215) reivindica que:

... mientras que en el derecho europeo la realización de procesos de selección que permitan y garanticen la libre competencia y la igualdad de trato se justifica por la importancia de la contratación pública en el desarrollo de los mercados, en América Latina, y por supuesto en Colombia, esta misma premisa se justifica en las bases propias del derecho administrativo y con fundamento constitucional en el derecho fundamental a la igualdad y su materialización secundaria en la libertad de empresa.

² Expresión de Gaudemet Y (2011, p. 574) Tratado de derecho administrativo– t. 2, Derecho administrativo de los bienes, LGDJ, 14ª edición.

En Colombia, los procesos de selección se justifican en las bases del derecho administrativo con fundamento constitucional. Así bien, los principios aplicables a la contratación pública tienen una naturaleza constitucional explicando que los procesos de selección sean inclinados a la rigidez.

En la contratación estatal en Colombia, los principios tienen especial relevancia, en medida en que la Ley 80 de 1993 ha adoptado un Estatuto contractual sobre la base de principios. El artículo 23 de la Ley 80 enuncia los principios de la contratación Estatal:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Además, la Constitución Política de 1991, ha adoptado mandatos con vocación a aplicarse a la contratación pública. El artículo 209 dispone 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.”

Así, los principios de la contratación pública en Colombia se componen no solamente de los principios de la contratación Estatal del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sino también de los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución, así lo ha afirmado el Consejo de Estado:

el artículo 23 del mismo Estatuto contractual prevé que toda actuación de quienes intervengan en la actividad contractual debe regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 27 de enero).

Una parte de la doctrina, como Herrera Barbosa (1997, p. 38), estima que los principios de la contratación administrativa pueden clasificarse en cinco grupos: los principios específicos (la transparencia, la economía, la responsabilidad) ; los principios que regulan la función pública (eficiencia, igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad, contradicción) ; los principios de interpretación de los contratos ; los principios del derecho (buena fe, enriquecimiento sin causa, error común, abuso del derecho) ; los principios de los contratos (autonomía de la voluntad, consensualidad) ; y los principios del derecho administrativo (principio de legalidad, primacía del interés publico).

Por otra parte, para Marienhoff (1990, p. 200), la contratación pública, especialmente la licitación pública esta regida por tres principios fundamentales: la libertad de concurrencia, la publicidad y la igualdad entre los licitantes. Enfoquémonos en estos últimos, y sobre el papel que puedan tener en la rigidez de los procesos de selección.

El principio de libertad de concurrencia. Este principio “busca garantizar a los actores económicos el derecho a participar en un proceso de selección contractual en la igualdad de oportunidades y condiciones” (González López, 2017, p. 246).

El Consejo de Estado ha añadido que: “la libertad de concurrencia conlleva a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación” (Colombia, Consejo de Estado, 2007, 3 de diciembre). Entonces, este principio no sólo evita la discriminación, sino también promueve la competencia entre los oferentes.

Por su parte, Safar Díaz (2009, p. 20) pone en luz que la libertad de concurrencia puede conllevar un gran desperdicio de recursos en la presentación y evaluación de ofertas por parte de personas que no cumplen las condiciones de contratación, también explica la autora, que la naturaleza del procedimiento debido al principio de libertad de concurrencia, no permite verificar de manera previa las calidades de los oferentes. Por esta razón la entidad pública prefiere realizar un procedimiento cerrado, rígido.

El principio de publicidad y transparencia. Estos principios están desarrollados por los artículos 209 de la Constitución Política y 23, 24 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y 3° de la Ley 1437 de 2011.

Según la Corte Constitucional (Colombia, 1996, 5 de febrero) estos principios son un elemento fundamental del Estado de Derecho y de la sociedad democrática. Pues estos principios “permiten conocer y controlar la actividad estatal, evitar el abuso del poder y promover la confianza y comunicación entre las autoridades y los ciudadanos” (González López, 2017, p. 251). Asimismo, la publicidad y la transparencia aseguran la competencia y promueven la libre e igual concurrencia de los oferentes en el proceso de contratación (Herrera Barbosa, 2004, p. 65).

Un ejemplo que atestigua el mayor alcance en Colombia que en Francia del principio de transparencia, con respecto a la publicación de los criterios de selección y la ponderación

de las ofertas. En Francia, el juez ha logrado imponer más transparencia con respecto a la publicación de los criterios, pero sólo de forma progresiva. Inicialmente, se inició un debate sobre la pertinencia de tal publicación³. Ha tenido que ser el juez quien viniera a intervenir e imponer la obligación de publicación de los criterios de selección y su aplicación práctica (ponderación). Primero, la sentencia *ANPE*, ha impuesto la obligación de publicación de los criterios de selección y sus modalidades de aplicación (Francia, Consejo de Estado, 2009, 30 de enero). Después, la decisión *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge* impuso la publicación de los subcriterios (Francia, Consejo de Estado, 2011, 2 de agosto). Por último la sentencia, *Commune de Bohalle*, sintetiza el conjunto de obligaciones de publicación de los criterios, así como, de la ponderación o de la jerarquización de los subcriterios (Francia, Consejo de Estado, 2016, 6 de abril). Mientras que en Colombia, hace tiempo que la publicación de los criterios y subcriterios de selección, y su ponderación es obligatoria (Ley 80 de 1993, artículo 24, núm. 5°).

Asimismo, sobre el deber de motivación de las decisiones de la entidad contratante, el derecho colombiano parece conceder más importancia al principio de publicidad. La Ley 80 de 1993 prevé el deber general de motivación de todas las decisiones que se expidan con ocasión de la actividad contractual (artículo 24, núm. 7°) y los numerales 3° y 6°, imponen la publicidad de todas las actuaciones (Benavides, 2010, p. 22). Mientras que en el derecho francés, recientes leyes han venido a reforzar las medidas de motivación, para paliar el déficit de transparencia en la práctica. Así, la Ley Sapin II de 2016 ha impuesto la obligación a las entidades adjudicadoras que justifiquen en derecho y en hecho los motivos constituyendo el fundamento de la decisión de no dividir el contrato (artículo 32 de la Ordenanza de 2015). Además, las Directivas de 2014, han venido a reforzar las obligaciones de motivación y de

³ Consejo de la Competencia, avis del 20 de noviembre de 2000 sobre la reforma del Código de los contratos públicos, p. 1307 – Por el Consejo, la publicación de los criterios de selección de las ofertas incita los carteles.

publicación de las decisiones de rechazo, transpuesto en el artículo 99 del Decreto de 2016. Mientras que antes, la jurisprudencia admitía la no motivación de las decisiones de rechazo (Francia, Consejo de Estado, *Syndicat départemental d'électricité de la Drôme*, 1993, 28 de abril).

El principio de igualdad. Este principio se consagra en el artículo 13 de la Constitución Política y 3 de la Ley 1437 de 2011. Este principio busca que todos los oferentes interesados en contratar con la Administración lo hagan bajo las mismas condiciones, requisitos y reciban el mismo tratamiento, de modo que ninguno de ellos pueda tener ventaja, finalmente para evitar situaciones discriminatorias. A propósito de este principio, la doctrina como Safar Díaz explicó que:

El problema que aún enfrentamos con estos procedimientos es la interpretación sistemática de la primacía de la igualdad de oportunidades de los oferentes por encima de los intereses legítimos de la entidad ... y ello se traduce en problemas de tiempo y esfuerzo desperdiciados en la compra.
(2017, p. 220)

El principio de Buena fe. Este principio se encuentra consagrado en los artículos 5 y 28 de la Ley 80 de 1993. Con respecto a la definición del principio de buena fe, Ordoqui Castilla (2012, p. 265) explica que: “la buena fe impone por principio un deber de transparencia y de veracidad que obliga a decirle al otro lo que sólo podría no descubrir o conocer”. Este deber de información rige la etapa contractual, y se proyecta durante toda la vida del contrato de obra pública.

Una vez más, el alcance del principio de Buena Fe en Colombia demuestra la visión extensiva de los principios de la contratación pública. En efecto, el Consejo de Estado,

explica que las violaciones al principio de la Buena Fe comprometen la responsabilidad de la entidad del Estado durante la etapa de formación del contrato estatal (Colombia, Consejo de Estado, 2015, 7 de octubre). Mientras que en Francia, el principio de Buena Fe, habitualmente de aplicación en derecho civil, no puede comprometer la responsabilidad Estatal. En consecuencia, el principio de Buena Fe en Colombia, se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación, como pilar de la actividad negociada, el cual exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración (Colombia, Consejo de Estado, 2007, 29 de agosto).

Principio de selección objetiva. Este principio estaba desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, y ahora por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007. Con respecto a la definición del principio de selección objetiva, los artículos sus mencionados disponen que “la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. En este sentido, el Consejo de Estado señaló el alcance determinante del principio de selección objetiva:

Como es apenas obvio, se reviste una especial importancia frente a la actividad contractual de la Administración pública, por lo que el desconocimiento de la misma durante la formación de los contratos estatales comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito, pues de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; y además, al celebrar un contrato sin observancia del principio de selección objetiva se

presentaría un abuso o desviación de poder (Colombia, Consejo de Estado, 2013, 29 de agosto).

Una vez más, en derecho francés, ningún principio de selección objetiva está reconocido de tal manera en el orden jurídico. Tal vez, podríamos asimilarlo al principio de igualdad de trato de los proponentes.

El principio de buena administración. Se encuentra en el inciso tercero del artículo 40 del estatuto de contratación Estatal. Este principio impone a la administración el deber de garantizar los derechos de los ciudadanos en el desarrollo de sus relaciones y actuar con la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 10 de octubre). De igual manera, no existe de manera explícita el principio de buena administración en el derecho francés.

De manera general los principios de la contratación pública en Colombia han recibido un fundamento constitucional desde 1993, mucho tiempo antes de que el juez constitucional francés, 10 años después, hiciera lo mismo. El control del juez colombiano demuestra también el alcance más fuerte de los principios de la contratación pública en Colombia.

Alcance de los principios de la contratación pública en el control judicial colombiano y francés.

Primero, cabe señalar que los principios constitucionales son aplicables no sólo a los contratos Estatales sometidos a la Ley 80 de 1993, sino también a los contratos excluidos del régimen del Estatuto General de Contratación Pública: “aunque su contratación, por regla general, está excluida de la aplicación del régimen público, en su actividad contractual, las entidades deben respetar y acatar los principios constitucionales, especialmente los que informan la función administrativa” (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 8 de noviembre).

En este sentido, el derecho francés y europeo han adoptado una solución parecida. El derecho comunitario, porque la decisión *Telaustria* de 2000 antes mencionada, aplicó los principios de no discriminación y transparencia a un contrato excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. El derecho francés, ya que por primera vez, el Consejo de Estado aplicó los principios de la contratación pública a un contrato expresamente excluido del ámbito de aplicación de la Ordenanza de 2015 (Francia, Consejo de Estado, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion côte de Granit*, 2017, 15 de diciembre).

La naturaleza constitucional de la mayor parte de los principios de la contratación pública en Colombia, puede explicar que sus alcances parezcan más importantes que en Francia, alcance reforzado por el control estricto del juez colombiano. En este sentido, por parte de la doctrina, Benavides (2010, p. 213) explica que:

El cambio, originado en un propósito de simplificación y modernización de la gestión pública contractual, está orientado a brindar a los gerentes públicos unas herramientas básicas que les permitan hacer de la contratación un instrumento ágil de la gestión pública. En esta concepción, un estatuto de principios constituye una línea general de comportamiento para lograr los fines esenciales de la contratación. Por otra parte, resulta muy significativo el alcance que la jurisprudencia constitucional ha dado a los principios, como mandatos de optimización con fuerza vinculante. Ellos no constituyen simples aspiraciones, sino mandatos de aplicación específica y actual.

Por parte de la jurisprudencia, la sentencia de la Corte Constitucional insiste sobre el hecho que los principios que orienten la contratación pública, tienen un carácter amplio y una aplicación estricta:

Los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa (Colombia, Corte Constitucional, 2002, 3 de julio).

El análisis de la jurisprudencia sobre la violación de los principios que inspiran la contratación Estatal, demuestra la visión más estricta del juez administrativo colombiano. En efecto, él sancionará el contrato con la declaratoria de nulidad absoluta, aún sin petición de las partes.

Las nulidades son instituciones del derecho privado, pero se aplican a la contratación estatal, pues su régimen jurídico es adaptado a ésta (Hoyos Lanziano R, 2011, p. 3). Encontramos las nulidades que se aplican a los contratos públicos en el artículo 44 y siguiente de la Ley 80 de 1993.

En una sentencia del Consejo de Estado en 1998, el juez administrativo aplica por la primera vez, los principios de la Constitución Política a la contratación pública, explicando que impone al juez del contrato la observancia y aplicación de los principios de la contratación pública, y que no pueden vulnerarse esos principios con los actos

administrativos que adolecen de los mismos elementos (Colombia, Consejo de Estado, 1998, 3 de julio).

La aplicación de estos principios parece estricta, como se lee en la sentencia de 2000, en la cual el juez pronunció la nulidad absoluta del contrato por desconocer los principios que inspiran la contratación estatal (Colombia, Consejo de Estado, 2000, 3 de octubre). Además, la decisión de 2007, reconoció la nulidad absoluta del contrato por violación de los principios de economía, responsabilidad y selección objetiva (Colombia, Consejo de Estado, 2007, 29 de agosto). La sentencia de 2009 por su parte, pronunció la nulidad absoluta del contrato por el desconocimiento del procedimiento para la selección del contratista, como por la violación del principio de selección objetiva: “esta Sección encuentra indispensable insistir en la obligatoriedad de los principios que inspiran la contratación estatal”. El juez añade que: “el primer obligado a acatar las disposiciones contractuales de selección objetiva y de perfeccionamiento contractual, es el propio Estado” (Colombia, Consejo de Estado, 2009, 22 de julio). En el mismo sentido, el juez, en la sentencia de 2011, declara la nulidad absoluta de los contratos por la violación del principio de selección objetiva (Colombia, Consejo de Estado, 2011, 24 de enero). En la misma línea, el mismo año, el juez reitera que la elusión del principio de transparencia y el principio de selección objetiva comporta una transgresión al orden legal que conduce a la declaración de oficio de la nulidad absoluta del contrato (Colombia, Consejo de Estado, 2011, 24 de marzo).

Además, la sentencia de diciembre de 2015 considera la posibilidad de alegar la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación. El juez reiteró que en materia de contratación estatal, la ausencia del principio de planeación ataca la esencia misma del interés general, a pesar de que el legislador no tipifica la planeación expresamente en el Estatuto General de Contratación Pública. Hay solamente en determinados y concretos

eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias sean las siguientes:

- (i) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
- (ii) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
- (iii) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad (Colombia, Consejo de Estado, 2015, 10 de diciembre).

Por último, recientemente, el juez administrativo colombiano ha sancionado de la nulidad absoluta el contrato entre la municipalidad de Santiago de Cali y el colegio departamental Eustaqui por “la violación del deber de selección objetiva” (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 27 de enero).

No obstante, la declaración de nulidad tiene efectos vinculantes tanto por los actores económicos como por la entidad contratante. En efecto, la declaración de nulidad absoluta de los contratos retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad a la celebración de los mismos, y en consecuencia, se impone la obligación de reintegrar lo recibido (Colombia, Consejo de Estado, 2010, 18 de marzo). La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada. Cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual.

Este breve panorama, es solamente un extracto de las numerosas sentencias adoptadas por el juez que se pronuncia sobre la nulidad absoluta del contrato por violación de los principios de la contratación pública. Esta facultad del juez es particularmente estricta y criticada, porque a veces el juez usa la facultad *extra petita* o *ultra petita* para declarar la nulidad absoluta del contrato sin petición de las partes⁴.

En este sentido, parece que el Consejo de Estado en la problemática de la declaración oficiosa de nulidad absoluta, no se ha mostrado tímido al declarar de oficio la nulidad absoluta, como lo acredita el primer fallo en el asunto (Colombia, Consejo de Estado, 1979, 1 de febrero).

En esta línea, ambas decisiones consagran la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta. A semejanza de la sentencia de 1990, en el cual se lee que: “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato” (Colombia, Consejo de Estado, 1990, 6 de julio).

Por su parte, en la sentencia de 1994, aparece que una gran variedad de personas, con el simple interés de legalidad, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato estatal (Colombia, Consejo de Estado, 1994, 5 de agosto). Mientras que en el derecho francés, como se verá, un tercero al contrato público, puede solicitar la nulidad absoluta a la condición que pueda ser “lesionado en su interés de manera directa y cierto”, y principalmente antes de la firma del contrato.

Además, en la sentencia de 2013, el juez recuerda los motivos de la nulidad absoluta decretada de oficio sin petición de las partes:

⁴ La facultad de declaración oficiosa esta reconocida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del Código contencioso administrativo en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998... Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente (Colombia, Consejo de Estado, 2013, 24 de abril).

Por fin, la sentencia de 2016, parece volver a una lectura menos amplia del artículo 45 de la Ley 80, refiriéndose solamente a la facultad y ya no al deber, de poner fin oficiosamente a los contratos estatales (Colombia, Consejo de Estado, 2016, 9 de marzo).

Esta visión parece demasiado estricta, tanto más que no hay posibilidad de realizar un “référé-precontractual” por parte de los candidatos, para señalar antes de la firma del contrato las irregularidades de publicidades y de convocatoria de licitación. En Francia, la introducción de recurso precontractual ha respondido a la exigencia de mejorar la eficacia de las acciones judiciales. Teniendo en cuenta la duración de los juicios, la eficacia de las acciones estaba demasiado comprometida por el hecho realizado. En efecto, no tiene mucho sentido, que el juez anule un contrato, dos o tres años después de su ejecución. Lagumina y Phillippe han afirmado que para ser verdaderamente eficaz la acción debe ser preventiva y la intervención del juez rápida (2000, p. 283). En este punto, bajo la influencia del derecho comunitario, fue creado un recurso que se apartaba de las reglas tradicionales del derecho administrativo francés. Desde la Directiva de 1989/665 por los sectores clásicos y la Directiva 1992/13 por los sectores específicos, el derecho positivo contiene un recurso precontractual, denominado en Francia “référé précontractuel”, por el que los Estados

miembros deben garantizar que se disponga de medios de recursos eficaces y rápidos contra decisiones adaptadas por poderes adjudicadores.

Sobre el régimen del recurso precontractual, la rapidez del juez se honra. Este juez único debe fallar en un plazo de 25 días (artículo R 551-5 del Código de justicia administrativa – CJA-) y eso, en primera y última instancia. Sobre los medios admisibles, todos los medios relacionados con la publicidad o la convocatoria de licitación, pueden ser invocados. No obstante, el medio será operante solamente si la ilegalidad invocada es “susceptible de lesionar o arriesgue de lesionar al demandante”. En otras palabras, los procedimientos de recursos deben ser accesibles a cualquier persona que se haya visto o pueda verse perjudicada por una infracción (Francia, Consejo de Estado, *Smirgeomes*, 2008, 3 de octubre). Esta jurisprudencia, consagra el retorno al espíritu y a la letra de los artículos L 551-1 y L 551-5 del CJA, pues anteriormente cualquier incumplimiento podía ser sancionado, aun cuando el incumplimiento no se hubiera cometido en detrimento del demandante, y por razón de una concepción objetiva de la legalidad. Como el objetivo es de prevenir la ilegalidad, no de repararla a posteriori, los poderes del juez se ampliaron de manera considerable⁵. Por fin, el juez del recurso precontractual puede determinar la medida adecuada, según el artículo L 551-12 del CJA, sin que esté obligado por la prohibición de *ultra petita*, pues el juez puede utilizar todos sus poderes en cualquier petición, debido al imperativo de eficacia derivado del derecho europeo.

⁵ Artículo L. 551-2 del CJA resultante de la Ley del 4 de enero de 1992 : el juez puede adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores; Se puede también anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión; por fin, se puede conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

Sobre la magnitud del control, el juez precontractual tiene la facultad de suspender el procedimiento por no comunicación de los motivos de rechazo. Él puede verificar si el criterio de selección de las ofertas puede crear una desigualdad. Él ejerce un control del error manifiesto de apreciación sobre la definición de la necesidad de la entidad pública. Se puede también, sancionar la incompetencia de la persona pública solicitante (Richer, 2016, p. 173). Si inicialmente no se puede controlar el método de puntuación, el juez lo controlará cada vez más (Richer, 2016, p. 456).

Así bien, sobre el control del juez precontractual francés y el juez colombiano, la magnitud del control parece casi análoga, a diferencia que no se produce al mismo tiempo. En Francia, se produce antes de la celebración del contrato, en Colombia se pueden señalar los incumplimientos solamente tras la firma del contrato⁶.

Al lado del recurso precontractual, la Directiva 2007/66/CE ha creado un nuevo procedimiento de urgencia : el recurso contractual o “référé contractuel”. El uso de este nuevo mecanismo corrector debe orientarse a los casos de infracciones graves de las disposiciones comunitarias en materia de contrato público. La primera contribución importante de esta Directiva es que trata de establecer un plazo mínimo durante el cual se suspenda la celebración del contrato. Este procedimiento fue creado porque entre los puntos débiles detectados destacaba la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de este. Esto conduce en ocasiones

⁶ Sin embargo, existió en Colombia, una tentativa de control previo en beneficio de la Contraloría General de la República, que es el máximo órgano de control fiscal del Estado. Como tal, tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas. La Constitución Política de 1991, en su artículo 267, establece que: "el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación". Así bien, este control no fue un control contra las violaciones de las disposiciones de publicidad y convocatoria, sino solamente un control financiero, fiscal. No obstante, en la Carta Política, el control fiscal de la gestión pública pasó de ser previo y perceptivo, a ser posterior y selectivo.

a una firma muy acelerada del contrato por parte de la administración que desea hacer irreversibles las consecuencias y la decisión de adjudicación controvertida.

Este recurso debe realizarse antes de que transcurran como mínimo de 30 días civiles a partir del día siguiente a la fecha en que el poder adjudicador haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato. O en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato (artículo R 551-7 CJA). El juez tiene un mes para fallar. Contrariamente al recurso precontractual, todas las presuntas infracciones no podrían invocarse. Solamente las violaciones graves de las disposiciones europeas pueden invocarse, como se resumen en la sentencia *Grand port maritime du Havre* (Francia, Consejo de Estado, 2011, 19 de enero). Con el fin de impedir violaciones graves de las obligaciones comunitarias, deben aplicarse sanciones efectivas. En este caso, la primera sanción es la nulidad absoluta del contrato. Según estas Directivas, los contratos que se celebren en infracción del periodo suspensivo deben por lo tanto “considerarse ineficaces en principio”. En el caso de otros incumplimientos, el juez dispone de flexibilidad para imponer sanciones alternativas, las cuales podrían ser la rescisión, la reducción de la duración del contrato, o la imposición de multas (artículo L 551-20 del CJA).

En derecho francés, es más con la implementación de los procedimientos de urgencia precontractual y contractual, que la declaración de nulidad absoluta se ha convertido en una sanción de último recurso. En este sentido, se denota en particular, una gran evolución en los poderes del juez administrativo y, en general una renovación importante del contencioso administrativo francés. Desde la sentencia *Tropic*, la declaración de nulidad absoluta del contrato, respecto de sus consecuencias negativas, se convirtió en una sanción poco común. En consideración de la decisión se refleja esta evolución: en primer lugar, el juez toma en consideración la naturaleza de la ilegalidad cometida. Luego, el juez pronuncia la

terminación o “résiliation” del contrato o se puede modificar algunas cláusulas, o se puede dictar la continuación del contrato, con medidas de regularización, o el juez puede conceder una indemnización por daño y perjuicios a las personas perjudicadas, o finalmente, se puede anular parcialmente o totalmente el contrato, después de verificar si la anulación no causará un daño excesivo al interés público o al derecho de los contratistas (Francia, Consejo de Estado, 2007, 16 de julio).

Además, la sentencia *Bézier* en 2009, reconoció que el juez dispone de flexibilidad para imponer sanciones alternativas, con respecto no solamente a la exigencia de buena fe en las relaciones contractuales, sino también del objetivo de estabilidad de las relaciones contractuales. Así bien, la jurisdicción administrativa puede, declarar la continuación de la ejecución con medidas de regularización, decidir de la rescisión del contrato, o de su anulación. Esto último, bajo dos condiciones: primero por una ilegalidad (pedida por una parte o de oficio por el juez) debida al carácter ilícito del contenido del contrato, es decir, por un vicio de especial gravedad (Francia, Consejo de Estado, 2009, 28 de diciembre).

Luego, si la sentencia del Consejo de Estado *Tarn et Garonne* del 4 abril de 2012, ha creado un nuevo recurso para cualquier persona que se haya visto o pueda verse perjudicada por una infracción después de la celebración del contrato⁷, sin embargo la declaración de nulidad se pone en una sanción aún más hipotética. En efecto, después de verificar que la continuación del contrato y de las medidas de regularización no son posibles. El juez debe pronunciar, en su caso con efecto retardado, tras verificar que su decisión no perjudicará el interés general, la rescisión del contrato, o sea la nulidad total o parcial de oficio, si el

⁷ « Un tiers, susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation d'un contrat administratif ou les clauses de ce contrat. »

contrato tiene un contenido ilícito o si el contrato se ve afectado por un vicio del consentimiento u otros vicios de especial gravedad.

Estas sentencias ponen a la luz, no solamente la panoplia de los poderes del juez administrativo, sino también, que la nulidad se ha convertido en una sanción de último recurso. Ahora, la mayoría de las violaciones de las reglas de selección están sancionadas con recursos eficaces y rápidos, tras la celebración del contrato. De este modo, a partir de la nueva jurisprudencias de 2014, se han dictado solamente dos declaraciones de nulidad absoluta, en el caso de que ninguna regularización fuera posible debido a una error manifiesto de apreciación en la selección del contratista (Tribunal Administrativo de Apelación de Lyon, 2014, 12 de junio).

Para concluir, la naturaleza constitucional y el alcance amplio de los principios de la contratación pública, han llevado al juez colombiano a declarar la nulidad absoluta del contrato tras su celebración y su ejecución. Como la nulidad absoluta contiene consecuencias negativas, en particular en la organización de la restitución mutua de dinero cuando el juez está fallando más allá de lo pedido. Por eso ¿Será necesario prever también en Colombia, un recurso precontractual y contractual de urgencia?

Además, en Colombia, el alcance amplio de los principios de la contratación pública, hace prevalecer el principio de legalidad sobre el principio de eficacia y de rapidez de los recursos. Eso podría justificar la existencia de procedimientos rígidos, formales, negándose la flexibilización. En efecto ¿cómo la entidad pública puede desear tomar la decisión más flexible para atender sus necesidades, si el miedo de la anulación jurisdiccional está constantemente presente?

Antes de exponerse la rigidez de los procedimientos de selección del contratista, se deben abordar los procedimientos actuales de selección del contratista de obra pública.

2. Consecuencias de la rigidez de los procedimientos de selección del contratista de obra pública

Enfatizaremos sobre la noción de contrato de obra, en derecho francés y colombiano antes de exponer los procedimientos de selección del contratista de obra pública.

En Colombia, la noción de “contrato de obra”, es una categoría jurídica de pleno derecho, consagrada y definida por el legislador y la doctrina. En derecho francés si bien hace tiempo que la noción de “obra pública” está definida por el juez administrativo, la palabra “contrato de obra” no corresponde a una categoría jurídica específica. Las dos grandes categorías jurídicas que corresponden a los contratos de obras públicas serían los “marchés publics de travaux” o los “concessions de travaux publics”, traducido literalmente como las “compras públicas de obra” y los “concesiones de obra pública”. No obstante, la especificidad del vocabulario francés no se encuentra en el derecho comunitario, el cual califica los “marchés publics de travaux” de contratos públicos de obra, pero al final hace referencia a la misma definición (artículo 2 – 6° Directiva 2014/24/UE).

En el derecho colombiano, la categoría jurídica del contrato de obra se consagra en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que define el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Por parte de la doctrina, Solano Sierra (1994, p. 152) nos recuerda que la doctrina ha considerado que el contrato de obra es el prototipo de los contratos administrativos ; sin

embargo, debido a la concepción de la Ley 80, al no presentarlo con formas propias, ya no se concibe como un tipo autónomo con sus propias características.

Para Escobar Hernández (2000, pp. 65-66) el contrato de obra responde a los siguientes requisitos; i) que se celebre un contrato o acuerdo de voluntades regulador de obligaciones; ii) que en su celebración participe al menos una entidad estatal; iii) que su objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles y; iiii) que se convenga un pago.

En el derecho francés, se dotó la noción de obra pública de una envergadura especial desde la decisión *Monségur* de 1921. Éste define las obras públicas como obras realizadas en un edificio, efectuado a cuenta de la persona pública con fines de interés público. Esta definición larga de la noción de obra pública, permitió poner bajo la jurisdicción del juez administrativo un número significativo de contenciosos.

Sobre el derecho de los contratos de obra pública, estrictamente hablando, durante mucho tiempo la distinción entre compra pública de obra y concesiones de obra pública, no era clara. Ahora, bajo la influencia del derecho europeo, es el modo de remuneración y el criterio del riesgo el que permite diferenciar los “marchés publics” de la “concession”, como se lee en las siguientes definiciones.

Los contratos de compras públicas se caracterizan por ser un contrato oneroso celebrado por escrito entre uno ó varios compradores y uno ó varios operadores económicos, con el fin de satisfacer sus necesidades en materia de obras, de suministros o de servicios (Ordenanza 2015, artículo 4).

Especialmente, los contratos de compras de obras tienen por objeto según el artículo 5 de la Ordenanza de 2015:

la ejecución o la concepción y la ejecución de trabajo; o la realización o la concepción y la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos especificados por el comprador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

Mientras que los contratos de concesiones de obras públicas, según la Ordenanza de 2016, se define como un contrato:

celebrado por escrito, mediante el cual un o más autoridades concesionarias, confían la ejecución de obras o la gestión de servicios a uno o más operadores económicos, a quien se transfiere un riesgo vinculados a la explotación de la obra o de los servicios, cuya contrapartida consiste en el derecho de explotar las obras o servicios objeto del contrato, o este mismo derecho en conjunción con un pago (Ordenanza 2016, artículo 5).

Así bien, se aproxima la definición de los contratos de obra colombianos a la de los contratos públicos de obra franceses, ya que ambos suponen, no solamente, el pago de un precio (que no depende de la explotación de la infraestructura, como en la concesión), sino también, la noción de la transferencia del riesgo como es el caso en los contratos de concesión. Sin embargo, la definición de los contratos públicos globales sectoriales, corresponde más al objeto de los contratos de obras colombianos. En efecto, estos contratos mencionados en el artículo 35 de la Ordenanza de 2015, tienen por objeto la concepción, la adecuación, la manutención y el mantenimiento de los edificios. Aunque este objeto tenga un ámbito de aplicación circunscrito a determinadas actividades (policía, bombero, etc.) contrariamente al contrato de obra colombiano.

En este punto, la definición colombiana de los contratos de obra pública presenta ambas ventajas. Según los ganadores del Premio Nobel de economía de 2014, un medio de responsabilizar las empresas es vincular las tareas de construcciones y realizaciones a la explotación ulterior. Estos dos, Tirole y Saussier (2015) afirman que: “las empresas no tienen interés en apretar demasiado los gastos si estas deben pagarse en mantenimiento durante la explotación de la infraestructura” (p. 3). Estos autores señalan, sobre este tema, que la utilización de los contratos globales en Francia (anteriormente denominados contrato de Realización, Explotación y de Mantenimiento – REM- o contrato de Concepción, Realización, Explotación y Mantenimiento – CREM-) sigue siendo legalmente restringida y bastante baja. Mientras que en el derecho colombiano, los contratos de obras publicas son por naturaleza definidos como contratos globales.

Ahora bien, sobre los procedimientos de selección del contratista de obra pública, en el derecho colombiano los procesos de contratación de obra pública se rigen por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018. La escogencia del contratista de obra pública según Colombia Compra eficiente (2014) puede desarrollarse a través de los siguientes procedimientos de selección:

- La licitación pública aplicable por regla general
- La selección abreviada aplicable cuando el valor de la obra está en el rango de la menor cuantía de la entidad Estatal y cuando se trata de servicios para la Defensa y Seguridad Nacional.
- La contratación directa es de carácter restrictivo (tanto más desde el Decreto 092 como se verá), y por lo tanto sólo aplica cuando se trate de urgencia manifiesta o de la contratación del sector defensa y seguridad nacional que requiera reserva

- La mínima cuantía aplicable cuando el valor de la obra está en el rango de la mínima cuantía de la Entidad estatal (p. 2).

Por su parte, en el derecho francés los procesos de contratación para los contratos de compras de obra pública se rigen actualmente por la Ordenanza del 23 de julio de 2015 y su decreto de aplicación del 25 de marzo de 2016. Globalmente, la escogencia del contratista de obra pública puede desarrollarse a través de tres procedimientos de selección:

- El procedimiento formal, cuando la valor del contrato de obra supera el umbral de 5.548.000 € HT (en virtud del nuevo reglamento europeo de 2017/2365). Teniendo en cuenta que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación abierto o restringido, un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo.
- El procedimiento adoptado, cuando la valor estimado del contrato de obra está por debajo del umbral de 5.548.000 € HT.
- El procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, en casos especiales.

Ahora bien, respecto a los procedimientos de selección del contratista de obras expuesto, habría que prestar atención particular sobre las consecuencias de la rigidez de estos procedimientos.

3. Consecuencias de la rigidez de los procedimientos de selección del contratista

La pesada carga que impone la reglamentación de los contratos de obras públicas puede constituir un obstáculo a la eficacia de la contratación pública. En este sentido, Arrowsmith (2000) decía que cuando un sistema de compra pública es principalmente *rule-based*, los funcionarios pone un mayor énfasis en el cumplimiento de la reglamentación que

sobre la calidad de los resultados. Esto ha llevado a que: “los funcionarios utilizan un grado excesivo de precauciones en los campos en los que gozan de un poder discrecional” (p. 76)

La rigidez de los procedimientos de selección de los contratistas de la administración, que han sido descritos en el derecho francés y el derecho colombiano, conduce a dos fenómenos comunes: la ineficiencia económica de los procedimientos de selección formal, que conduce a la fuga del derecho público contractual.

3.1 Ineficiencia de los procesos de selección formales: análisis del procedimiento de derecho común en Colombia y Francia.

En Colombia, el procedimiento de derecho común de selección de contratistas de obra pública de la Administración, es la licitación pública. En Francia, si bien la licitación pública igualmente es la regla general de selección de los contratistas, ésta no sería otra cosa que el proceso formal de derecho común, paralelo al proceso adaptado. En los dos órdenes jurídicos, el formalismo que supervisa los recursos de estos procesos de derecho común es criticado. Dichas críticas han conducido recientemente a la ley francesa a una flexibilidad en el marco del proceso de licitación pública.

En los años 1990, numerosos miembros de la doctrina francesa presentaron serias críticas a los formalismos que funcionan en torno a la presentación de ofertas. De esta manera, Lachaume (1995) se pregunta:

el límite del formalismo aceptable y, en definitiva, necesario, ¿no estaría superado hoy, teniendo en cuenta las formas y procedimientos más diversos que han sido impuestos por una sucesión rápida de textos que intentan arreglar las brechas por las cuales se filtra la corrupción y las finanzas ocultas? (pp. 5-6).

Este autor calificó de formalismo excesivo las reglas de presentación de las ofertas que pudieron conducir a una serie de efectos perversos. Él explica que, por ejemplo, la omisión de una formalidad impuesta por la ley, no solamente obligará el juicio de tomar medidas sin proporción con el interés de la formalidad omitida, sino también, podría llevar a la expulsión de un buen candidato con el pretexto de que una pieza de importancia relativa haga falta en el expediente. Asimismo, el autor Munsch (1994, p. 49) pone en luz el exceso de formalismo en los procesos de selección de las ofertas.

Dadas esas críticas en la doctrina francesa, además de la influencia europea, el proceso actual de selección “licitación pública”, contiene numerosos elementos de flexibilidad. El procedimiento de la licitación pública es la regla superior del nuevo umbral de 5.448.000€ HT (reglamento UE n° 2017/2365 para los contratos de obras públicas). Recordemos igualmente, que el Código de los contratos públicos de 2006 toma las consecuencias de la creación del procedimiento adaptado para los contratos concluidos por debajo de los límites del procedimiento formal. Así, recurrir a la licitación pública no es más la regla general, sino simplemente el procedimiento formal de derecho común. Con respecto a esto, desde la elaboración de la Directiva de 2014/24, ciertas presiones son ejercidas para que el procedimiento formal negociado con publicidad previa, sea erigido como un procedimiento formal de derecho común (Richer, 2016, p. 465). Sin embargo, la postura adoptada por la Directiva 2014, revela que la licitación pública siga siendo la regla de los procedimientos formales.

La licitación pública es definida por el artículo 42-1° de la ordenanza de 2015 como el procedimiento por el cual: “el comprador escoge la oferta más ventajosa económicamente, sin negociación, bajo criterios objetivos presentados previamente a los candidatos”. Este procedimiento se divide en dos: la licitación abierta y la licitación restringida, pudiendo ser

éstas escogidas libremente. Al final del artículo 66 del decreto de 2016, la licitación pública abierta es definitiva cuando todo operador económico interesado pueda licitar, mientras que la licitación es restringida cuando únicamente los candidatos seleccionados por el comprador sean autorizados a licitar. Contrariamente a la adjudicación, procedimiento de derecho común en vigor antes del 2001, que declara automáticamente adjudicatario al candidato que presentó la oferta más baja. El procedimiento de licitación pública está sujeto a seleccionar el candidato más ejemplar. Varias etapas supervisan la formación del contrato dentro del marco de la licitación pública, dentro de éstas, la nueva reglamentación ha intentado introducir una mayor flexibilidad.

La primera etapa es la publicidad, la cual puede tomar dos formas: el anuncio de información previa y el anuncio de licitación.

En cuanto al anuncio de información previa, el artículo 31 del decreto de 2016 fortalece sus recursos, precisando que éste puede ser utilizado no solamente para reducir el plazo de recepción de las candidaturas y de las ofertas, sino también, en lugar del anuncio de licitación para la licitación restringida o el procedimiento de licitación con negociación, sin posibilidad, en ese caso, de reducir los plazos de recepción de las ofertas. Es en este último elemento que reside la novedad interesante para los compradores públicos. En efecto, publicando un anuncio de información previa en el Diario Oficial de la Unión Europea – DOUE – que contenga cuatro informaciones esenciales⁸, el comprador queda dispensado de publicar un anuncio de licitación. Esta flexibilidad, correspondiente a la publicidad, es interesante porque la publicación en el DOUE es gratuita, cosa que no sucede con la

⁸ Artículo 31 del Decreto de 2016: “el anuncio de información previa debe:

- hacer referencia a las prestaciones que será objeto del contrato;
- mencionar que el contrato se adjudicará por procedimiento restringido o negociado sin ulterior publicación de una convocatoria de licitación;
- invitar a los operadores económicos interesados a que manifiesten su interés;
- ser enviado para su publicación al DOUE entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío de la invitación”.

publicación clásica en el Boletín Oficial de Anuncios de los Contratos Públicos (Bulletin officiel des annonces des marchés publics – BOAMP- por sus siglas en francés), la cual puede representar sumas considerables para la entidad pública⁹.

Referente al anuncio de licitación, en la licitación pública abierta, el plazo mínimo de recepción de las candidaturas y de las ofertas es de 35 días, a partir de la publicación del anuncio de licitación, y de 15 días, si un anuncio de información previa ha sido publicado. En la licitación pública restringida, el plazo mínimo de recepción de las candidaturas y las ofertas es de 30 días. Otro elemento de flexibilidad planteado en el artículo 43 del decreto de 2016, el cual permite al comprador fijar los plazos de recepción de las candidaturas y de las ofertas, teniendo en cuenta la complejidad del mercado y del tiempo necesario que deben emplear los operadores para preparar sus candidaturas y propuestas.

La segunda etapa, consiste en proporcionar a los operadores que han declarado sus candidaturas un Documento de Consulta de las Empresas (DCE), el cual contiene el reglamento de consulta publicado sobre un perfil de comprador puesto a disposición desde la publicación del anuncio de licitación o desde la publicación de la invitación a confirmar el interés en caso de anuncio de información previa (artículo 39 del decreto de 2016).

La tercera etapa, consiste en la selección de las candidaturas que toman en cuenta la ausencia de interdicción de licitar (artículo 45 de la ordenanza de 2015) y del examen de las garantías profesionales, técnicas, económicas y financieras (artículo 44 del decreto de 2006). El interés de la licitación pública restringida, es que el comprador pueda limitar el número de candidatos admitidos que presentan sus ofertas. El artículo 47 del decreto de 2016 intitula “reducción del número de candidatos” explica, sin embargo, que el número retenido debe ser

⁹ Oferta tarifaria para la publicación de anuncios de contratos públicos (2018) recuperado en: <https://www.boamp.fr/Espace-acheteurs/Utiliser-les-services-du-BOAMP/Offre-tarifaire-pour-la-publication-des-avis-au-BOAMP>

suficiente para asegurar una competencia efectiva y que en licitación restringida, el número mínimo no puede ser inferior a cinco. En este dispositivo, el elemento interesante de flexibilidad que permite limitar el número de candidatos admitidos a presentar una oferta, reside en la ganancia de tiempo y de recursos públicos con respecto a la evaluación de las ofertas. Otro elemento de flexibilización introducido por la reforma de 2015, consiste en permitir que el comprador examine las ofertas antes de recibir las candidaturas (artículo 68 del decreto de 2016), con el fin de tener en cuenta los méritos de los candidatos en el examen de las ofertas.

La cuarta etapa, consiste en la selección de las ofertas. En primer lugar, el comprador público tiene la obligación de eliminar, antes de examinar las ofertas anormalmente bajas, pudiéndose ver sancionado por el juez: (Francia, Tribunal administrativo de Bordeaux, 2014). En este caso, un elemento de flexibilidad reside en la posibilidad que tienen los candidatos de depositar al lado de la oferta intangible, las variantes, si el poder adjudicador lo ha autorizado o impuesto explícitamente en el anuncio de licitación (artículo 58 del Decreto de 2016). La posibilidad de variante es importante en el procedimiento como la licitación pública puesto que la negociación es prohibida. La variante permite proponer una solución alternativa a la oferta de base. La decisión del Consejo de Estado de 2011 *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*, definió la variante como “modificaciones, tomadas por iniciativa de los candidatos, de especificaciones previstas para la solución de base descrita en los documentos de consulta”. La interpretación hecha por la Dirección de Asuntos Jurídicos – DAJ -¹⁰ del nuevo artículo 62, párrafo V del Decreto de 2016, parece reconocer un nuevo lugar para las variantes. Según esta interpretación, la oferta de base y la variante, deben ser

¹⁰ Fichas técnicas sobre el examen de las ofertas de la DAJ (2016, p.9) recuperado en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/examen-des-offres-2016.pdf

juzgadas una sola vez, teniendo como base los mismos criterios. Esta es la oferta más beneficiosa económicamente que ha sido elegida, bien sea que ésta corresponda a la oferta de base o a la variante.

Una vez que las ofertas anormalmente bajas, como las ofertas irregulares, inaceptables, o inapropiadas eliminadas, conforme al artículo 59 del Decreto de 2016, el comprador puede clasificarlas por orden de mérito y atribuirle al mercado la más beneficiosa económicamente.

La quinta etapa está intervenida por la firma del mercado, luego del plazo de *standstill* como se explica ulteriormente. No obstante, el artículo 64 del mismo decreto introduce un elemento de flexibilización, el cual permite que antes de dicha firma, se haga una aclaración relacionada con las condiciones del contrato, con la autorización del licitador. Este elemento, además de la posibilidad otorgada al comprador de pedir a los operadores precisar el contenido de sus ofertas en curso de procedimiento (artículo 67 del Decreto de 2016), es particularmente importante en el procedimiento de licitación pública, donde la negociación es prohibida.

La sexta etapa, refiere las formalidades posteriores a la firma del contrato. Para las colectividades locales, 15 días después de la firma, el contrato debe ser transmitido al prefecto. El comprador debe notificar el contrato al titular, el cual entra en vigor a partir de dicha fecha. Luego, debe indicar el rechazo de las ofertas a los otros licitadores (artículo 99 del Decreto).

En la ley Colombiana, la licitación pública es la regla del derecho común de selección del contratista de obra pública de la administración, y no solamente la regla del derecho común en los procedimientos formales. Contrariamente a la ley francesa, Safar Díaz (2009)

pone en luz que: “la regla general en la contratación pública es que la utilización de los procedimientos de selección de contratistas más formales y de convocatoria pública atiende a criterios de cuantía y no de naturaleza del contrato” (p. 19). De esta manera, el límite a partir del cual la licitación es obligatoria, depende de la menor cuantía de cada entidad, sin importar la naturaleza del contrato. Mientras que en la ley francesa, ese umbral es de 5.548.000 € HT para los contratos de obras del Estado y de las colectividades territoriales, de 221.000€ HT para los contratos de servicios y de suministros de las colectividades territoriales, y 144.000€ HT para los contratos de servicios y suministros del Estado.

La licitación pública está definida en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 como un proceso mediante el cual la entidad convoca de forma abierta y pública, en igualdad de oportunidades, para que se presenten las ofertas más favorables a sus intereses y se seleccionen entre ellas. La licitación pública es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal (Sayagués Laso, 1940, p. 53).

Diferentes etapas deben ser respetadas por el comprador público colombiano. Primero, sobre la publicidad se observa que dentro de las formalidades, las etapas son más numerosas, pues antes de la apertura del procedimiento deberá publicarse el pliego de condiciones por un plazo mínimo de diez días hábiles para que los posibles interesados hagan las observaciones que estimen pertinentes. Además, la entidad deberá expedir un acto administrativo que justifique el recurso a la contratación por lo menos diez días antes de la fecha en la cual la entidad podrá recibir las ofertas. La entidad debe también publicar por lo menos un aviso que anuncie los elementos básicos en un diario de amplia circulación.

Segundo, sobre la selección de los candidatos, el juez admite ciertas limitaciones a los principios de libre competencia, admitiendo que en aras del interés público, se establezcan restricciones razonables, como por ejemplo, la exigencia de calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la administración pública, pero dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionales (Colombia, Consejo de Estado, 2013, 29 de agosto). Recientemente, la jurisprudencia ha explicado también que el principio de libertad de concurrencia no tiene un carácter absoluto. La administración pública puede exigir el cumplimiento de algunos requisitos, como la idoneidad moral (inhabilidades e incompatibilidades) y las calidades técnicas profesionales y financieras (Colombia, Consejo de Estado, 2017, 3 de diciembre).

Tercero, sobre la selección de las ofertas, según el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, deberá realizarse una audiencia de aclaraciones dentro de los tres días siguientes a la fecha a partir de la cual se podrán presentar las ofertas por parte de los interesados. Esta audiencia será de carácter público, en la cual se permitirá la intervención de los oferentes. La entidad pública, deberá evaluar las propuestas dentro de un plazo limitado y después deberá publicar el informe de evaluación de las propuestas por un plazo expreso de cinco días hábiles dentro del cual los oferentes podrán hacer las observaciones que consideren pertinentes.

Cuarto, la adjudicación del contrato. La adjudicación es un acto administrativo que consiste en la asignación de un contrato, que debe ser motivado, en el cual se reflejen todos los antecedentes del procedimiento de selección y se justifiquen las razones de la decisión de la entidad contratante.

Lo engorroso de este procedimiento, conduce una parte de la doctrina que critica la licitación pública. En este sentido, Safar Díaz (2017) argumenta, sobre la ineficiencia económica de la licitación pública explicando que la licitación pública:

es la modalidad que se constituye en la regla general, lo cierto es que ella frente a la realidad de mercado en la que nos encontramos es ineficiente por el tiempo excesivo que demanda y que el beneficio realmente no compensa los costos de su realización en tiempo, personal y esfuerzo (p. 219).

Además, la autora revela que la licitación pública es ineficiente, no solamente por el hecho de su aplicación residual, sino por el hecho de que no cuenta con una metodología específica para su ejecución. También le parece que la licitación pública, no permite la revelación de la información de la realidad del mercado.

Por fin Safar Díaz (2009), propone que la licitación pública es un procedimiento ineficiente por no prever formas de evaluación específica: “la práctica común que se ha adoptado es la típica de un juego estático de información incompleta, esto es, la presentación de ofertas económicas selladas” (p.55).

Sobre este punto, tradicionalmente se observa en Francia, que el método de evaluación de las ofertas depende de la gestión interna de la entidad pública. El juez no puede controlarlo (Francia, Consejo de Estado, *Comuna de Bohalle*, 2016, 6 de abril). Sin embargo, progresivamente, el juez ha consagrado la existencia de un cierto control judicial sobre el método de calificación. En efecto, el juez debe verificar que el método de calificación de las ofertas elegidas no causen: discriminación (Francia, Consejo de Estado, *sindicato Ody*, 2012, 11 de abril); introducción de parámetros que no tengan relación con la apreciación de la oferta en virtud de los criterios (Francia, Consejo de Estado, *Sociedad SFR*, 2013, 15 de febrero); modificación de la ponderación anunciada (Francia, Consejo de Estado, *Departamento de Guadalupe*, 2012, 18 de diciembre); privación del alcance de los criterios de selección y neutralización de su ponderación (Francia, Consejo de Estado, *Comuna de Belleville-sur-Loire*, 2014, 3 de noviembre). Finalmente, el juez, recientemente, precisó la

posibilidad de utilizar como recurso el sorteo de una obra en construcción oculta, como método de evaluación de las ofertas a precio unitario. Él explica que el poder adjudicador no falta a sus obligaciones de convocatoria de licitación elaborando varios pedidos ficticios y sorteando uno de estos antes de la apertura de los sobres, a partir de la cual el criterio del precio será evaluado, bajo la triple condición, i) que las simulaciones correspondan todas al objeto del contrato, ii) que la decisión del contenido de la simulación no tenga como consecuencia privilegiar un aspecto particular, de tal manera que el criterio del precio se encuentre desnaturalizado y iii) que la suma de las ofertas propuestas por cada candidato sea reconstituida, recurriendo a la misma simulación (Francia, Consejo de Estado, *Sociedad SNEF*, 2016, 16 noviembre).

Para concluir, con respecto de las diferentes etapas de selección del contratista de obra, se puede constatar que el derecho colombiano contiene más etapas de procedimientos puntuales de actos administrativos, otorgando un carácter rígido e ineficiente a la licitación pública. Sin embargo, en cuanto a los contratos de obra, se puede observar el esfuerzo del legislador colombiano en la lucha contra la corrupción. Dicho esfuerzo no es necesariamente sinónimo de eficiencia económica. Así, la ley 1882 del 15 de enero del 2018, instaura la regla del “doble sobre” para la selección del contratista de obras públicas. Esta regla permite al comprador, no solamente no ser influenciado por la atracción de la oferta en la selección de los candidatos, sino también, tomar más en cuenta las cualidades técnicas y profesionales de los candidatos, que el precio propuesto. La segunda novedad, consiste en imponer a las entidades públicas un pliego de condiciones definido por el gobierno. Esta solución pudiendo, en apariencia, infringir la libertad de autonomía de las entidades descentralizadas, permite en realidad luchar contra la corrupción y evitar que los contratos sean concluidos sobre la base de un pliego de condiciones incompleto o erróneo, con respecto a la legislación en vigor. Por último, la última novedad, otorga un tiempo asignado a los actores económicos para

completar sus ofertas antes de la audiencia. Este último elemento, podría ser interpretado a favor de la eficiencia económica, puesto que evita el procedimiento de larga duración.

Se podría entonces contemplar la idea de introducir ciertos elementos de flexibilización en el derecho colombiano, a favor de la eficiencia económica, a semejanza del mecanismo de variante anteriormente descrito, al igual que la posibilidad de reducir las formalidades de publicidad y la reducción del número de candidatos admitidos a presentar sus ofertas. En efecto, esta última posibilidad permitiría a la entidad pública no perder tiempo ni recursos desmesurados para evaluar todas las ofertas, sabiendo que sólo algunas valen la pena. Habiendo puesto en relieve las razones de la ineficiencia de los procedimientos de convocatoria pública, y los posibles mejoramientos, conviene poner de manifiesto la segunda consecuencia debida a los procedimientos de selección excesivamente rígidos: burlar la licitación pública.

3.2 Burlar la licitación o la huida hacia procedimientos menos formalizados

Los compradores públicos en presencia de procedimientos formales complejos, buscarán satisfacer sus necesidades pasando por vías indirectas, de manera más sencilla y casi siempre ilegales, ya que están exentas del procedimiento de publicidad y de licitación. Dicho de otra forma, los compradores públicos, queriendo evitar las normas formales requeridas, burlarán la licitación pública habiendo recurrido a mecanismos desviados, mientras que la situación requiere publicidad y licitación. Se puede hablar en ese caso, de un fenómeno de huida hacia los procedimientos más flexibles.

Hace un tiempo, los contratos públicos de obras en Francia, proporcionaban una buena ilustración de dicho fenómeno. En efecto, reaccionando a las formalidades de contratación pública, muchas veces rígidas, efectos perversos fueron revelados en la práctica.

A modo de ejemplo, la práctica para paliar las imposibilidades técnicas y jurídicas, de concluir en ciertas circunstancias los contratos públicos o las delegaciones del servicio público, ha desarrollado otras formas de contratación, permitiendo el financiamiento privado del servicio público. Esas nuevas fórmulas contractuales más flexibles, podían permitir escapar a los procedimientos de publicidad y de convocatoria de licitación obligatorios en la contratación de obras públicas.

Con el fin de ilustrar esta tendencia, se puede tomar el ejemplo de los contratos de las empresas de obras públicas (Marché d'Entreprise de Travaux Publics -METP – por sus siglas en francés) que se definen, según el profesor Terneyre (1995) como: “contratos de larga duración que tienen por objetivo asignar al contratista de la administración, la financiación, la concepción y la realización de una obra pública, al igual que su mantenimiento, funcionamiento y gestión del servicio público al cual está vinculado” (p. 209).

Sus sentencias de muerte en los hechos según Sychowicz (2016, p. 4), fueron firmadas por la jurisprudencia *prefecto de Bouche Du Rhône*, calificándolos como contrato público (Francia, Consejo de Estado, 1999, 8 de febrero). Así, los METP permitían el pago diferido, en principio prohibido por el Código de contrato público. Pero la práctica desarrolló otras ediciones contractuales innovadoras, utilizando a la Dirección de obra privada para realizar servicios públicos. Así, durante un periodo, técnicas prestadas al derecho de la promoción inmobiliaria sirvieron de soporte a la asociación público-privada, como la venta en condiciones futuras de terminación¹¹, la locación con opción de compra, el contrato de alquiler en condición futura de terminación¹², la cesión de terreno a cambio de locales que

¹¹ En francés : Vente en l'Etat Futur d'Achèvement –VEFA-

¹² En francés : Bail en l'Etat Futur d'Achèvement –BEFA-

hay que construir; técnicas utilizadas en sustitución de los procedimientos tradicionales de contratos de trabajo (Sychowicz N, 2016, pp. 1-2).

Actualmente, este problema parece estar resuelto por el momento, debido a la redefinición de los contratos públicos de obras procedentes de la Directiva del 2014/24/UE sobre la contratación pública. De aquí en adelante, la definición francesa de los contratos obras públicas, siendo más amplia y abarcadora, deja de ser posible para ciertos compradores locales pasar de disposiciones legales complejas del mismo modo que los contratos de arrendamiento enfiteúticos administrativos¹³, o las ventas en condición futura de terminación, para escapar a los procedimientos de publicidad y de convocatoria de licitación, tal como lo explican los autores Llorens y Muller (2017, p. 11).

Anteriormente, el Código de contratos públicos de 2001 había agregado un elemento en la definición de los contratos públicos de obras: la dirección de obra. Este elemento ausente en la definición comunitaria de los contratos públicos, planteaba dificultades en cuanto a la práctica, ya que podía hacer creer que un contrato en el cual el poder adjudicador no ejerce el control de la obra, escapa a las obligaciones de publicidades y de licitación. Mientras que, en realidad, un contrato en el cual el poder adjudicador no ejerce la dirección de obras, escapa únicamente al Código de contratos públicos francés y no a las directivas europeas. Según la definición francesa, el contrato de obras públicas se encuentra en el ámbito del código, sólo si las obras son hechas a la petición de un poder adjudicador que ejerce la dirección de obra¹⁴. Mientras que la definición europea de contratos públicos de obras desde la Directiva 93/37, recogida por la Directiva 2004/18, plantea que:

¹³ En francés : Bail emphytéotique administratif –BEA-

¹⁴ Artículo 1 del Código de contratos públicos de 2001: “los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de todas obras de construcciones o de ingenierías civiles a la petición de una persona pública ejerciendo la dirección de obra”.

los contratos públicos de obras son contratos públicos que tienen por objeto, sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador (artículo 1-2b, Directiva 2004/18/CE).

De igual manera, la Directiva 2014/25/UE retoma esta definición, agregando un tercer elemento a la definición de los contratos públicos de obras, cuyo objeto según el artículo 2 numeral 6 de la Directiva, sea uno de los siguientes:

La ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II; La ejecución, o bien conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra; La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

Esta divergencia en la definición europea y francesa, permitía calificar, a nivel europeo de contratos públicos de obras, los contratos de arrendamiento inmobiliario o los contratos de arrendamiento enfiteútico, cuando la colectividad otorga mediante estos contratos de arrendamiento un terreno sobre el cual es edificada una obra, cuya la entidad pública puede ser inquilina y cuya propiedad se le devuelve al final del contrato, como ocurre

con la jurisprudencia y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE) del 12 de diciembre del 2002 *Universale-Bau AG/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*¹⁵.

Mientras que, a la escala del derecho francés, esos tipos complejos de montaje podían ser o no, calificados como contratos públicos de obras, en función de criterios puramente jurisprudenciales. Esta disociación entre la definición europea y francesa era fuente de inseguridad jurídica para los compradores públicos. En efecto, en una decisión del Consejo de Estado *Société SOFAP-Marignan*, el juez estima que una obra proveniente de un contrato de enfitéutico, no es una operación de obras públicas, y que la colectividad contratante no tiene la calidad de director de obra, ya que ésta no asegura la dirección técnica de la construcción y no se volverá propietaria hasta el fin del contrato de arrendamiento (Francia, Consejo de Estado, 1994, 25 de febrero). Así, la colectividad, no ejerciendo la dirección de obra, el contrato de arrendamiento enfitéutico no puede ser calificado como contrato público de obra, por lo tanto, es exento de los procedimientos de publicidades y de licitación del Código de contratos públicos de obras, mientras que, a la luz de la definición europea, tal montaje sería calificado como contrato público de obra.

La clarificación es intervenida con la Ordenanza de 2015 sobre los contratos públicos, la cual en el artículo 5, definiendo los contratos públicos de obra, suprime la referencia en cuanto a la dirección de obra. Entre tanto, la definición comunitaria y francesa de los contratos públicos coinciden, fortaleciendo, a partir de ese hecho, la coherencia del derecho y de la seguridad jurídica:

¹⁵ Sentencia CJCE del 12 de diciembre de 2002 *Universale-Bau AG/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99 – los contratos enfitéuticos relativos a la realización de obras destinadas al poder adjudicador, quien paga un alquiler, son contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva.

Artículo 5- I, Ordenanza del 2015 sobre los contratos públicos. Los contratos públicos de obras tienen como objetivo: 1° Bien sea la ejecución, bien sea el proyecto y la ejecución de las obras cuya lista es publicada en el Periódico oficial de la República francesa; 2° Bien sea la realización, bien sea la concepción y la realización, por el medio que sea, de una obra que responde a las exigencias fijadas por el comprador que ejerce una influencia determinante sobre su naturaleza o su concepción.

Esta misma tendencia de “huida” aplicada a los contratos de obras públicas, se encuentra igualmente en el derecho colombiano, el cual ha sido resaltada por Colombia Compra Eficiente (Motivos del Proyecto de la Ley 30 de junio del 2016). Así, en 2014, con el apoyo del Banco Mundial, Colombia Compra Eficiente ha analizado la contratación directa en el Sistema de Compra Pública colombiano, la conclusión es que: “la legislación colombiana llama contratación directa a cosas que no lo son y las entidades Estatales abusan de la contratación sin competencia con la excusa de la dificultad de los procesos competitivos”.

El problema concierne, en particular, al procedimiento de contratación directa y los contratos de obras públicas. El procedimiento de contratación directa, regulado en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, procede única y exclusivamente frente a las nuevas causales previstas en la ley. Una de ellas, permite recurrir a la contratación directa para celebrar contratos o convenios interadministrativos (artículo 92 de la Ley 1474 de 2011 y, artículo 76 del Decreto 1510 de 2013). Sin embargo, ciertos compradores públicos han visto la oportunidad de concluir convenios para realizar obras públicas y de esta manera, burlar la licitación pública prevista frente a este hecho. En respuesta a esta tendencia, el legislador colombiano adoptó recientemente el Decreto 092 sujeto a diversas interpretaciones.

La mayor parte de la doctrina, notablemente, la antigua directora de Colombia Compra Eficiente¹⁶, considera que esos convenios no se pueden utilizar para obras públicas, está tácitamente prohibido, pues el objeto es otro. Además, los Alcaldes locales de la administración del Distrito Capital a cargo de Gustavo Petro los están investigando por haber hecho convenios para obra pública (Colombia, Consejo de Estado, 2014, 18 de febrero). A *fortiori*, el Fiscal interpretó que estaban prohibidos por el Decreto 092 concluir convenios para obras públicas. Sin embargo, en el Decreto 092 en ninguna parte lo prohíben de manera expresa, sólo dicen que se puede usar para desarrollar una política social.

Otro problema común en el derecho colombiano y francés, se manifiesta en el fraccionamiento del contrato, con el fin de evitar el procedimiento de licitación pública. En la ley francesa este fenómeno es denominado de manera familiar “saucissonnage”, al fin de mantener las compras por debajo las umbrales en violación de las reglas de las Directivas. En Colombia, aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita. Acerca de este punto, el Consejo de Estado pronuncia la nulidad absoluta del contrato por el hecho de: “se hizo a través de un indebido fraccionamiento de contratos para evitar el trámite de la licitación pública establecido precisamente para garantizar la selección objetiva y transparente de los contratistas” (Colombia, Consejo de Estado, 2011, 31 de enero).

¹⁶ María Margarita Zuleta resuelve dudas sobre el Decreto 092 (2017): <https://www.youtube.com/watch?v=DJyQfD6j6rM>

Capítulo II

Principios de contratación pública : criterio extensivo contrario a la claridad normativa?

Tanto la ley colombiana como la ley francesa tienen como característica común sufrir de “inflación legislativa”¹⁷. Ésta afecta, particularmente en derecho público, los contratos de obras públicas. No obstante, recientemente, la arquitectura de los contratos públicos franceses, bajo el impulso del derecho europeo, se ha sometido a una reforma profunda que reorganiza el paisaje jurídico, el cual puede conducir la adopción de un Código de contratación pública. Se debe entonces analizar la oportunidad de aplicar a la ley colombiana, el mismo movimiento de codificación.

1. Paradoja en la búsqueda de transparencia y la complicación del derecho público contractual: ¿No es peor el remedio que la enfermedad?

El principio de transparencia, como ha sido definido precedentemente, permite “conocer y controlar la actividad estatal, evitar el abuso del poder y promover la confianza y comunicación entre las autoridades y los ciudadanos” (González López, 2017, p. 251). Así, el fin intrínseco de este principio es luchar contra la corrupción. Dicho objetivo, justifica la adopción de numerosas leyes sucesivas, las cuales confinan, como se ha visto, no solamente en la rigidez de los procedimientos de selección, sino también, como se verá, en la ilegibilidad del derecho.

Se puede entonces liberarse de la proliferación legislativa como tendencia general en el derecho colombiano y francés. El antiguo rector de la Universidad Externado, Hinestrosa

¹⁷ Expresión es de René Savatier (1977, p. 43), pero ella fue desarrollada por Jean Carbonnier (1995, y 2001)

Fernando (2004) explicó que: “la inflación y la hemorragia legislativa de la segunda posguerra del siglo XX en adelante, es orientada a regular por separado las actividades económicas más importantes” (p. 293)

Las compras públicas en Colombia en el 2015, ascendieron a \$115 billones de pesos, es decir, el 12,5 % del PIB, mientras que en Francia las compras públicas en 2015 han alcanzado 200 millones de euros, es decir, 15% del PIB (OCDE National Accounts Statistics, 2015). El ámbito de las obras públicas, el cual constituye una parte significativa de esta cifra, es, de cierta manera, más propenso a la proliferación legislativa con respecto de su peso económico. Un estudio sobre la manifestación, las consecuencias y las soluciones potenciales a la inflación normativa se justifica posteriormente.

1.1 Manifestación y consecuencia de la proliferación normativa en derecho francés

Guy Braibant, vicepresidente de la comisión superior de codificación (2004, p. 277), evoca varias razones acerca de la inflación legislativa: el doble desarrollo de la construcción europea, por un lado y, por otro lado, la política de descentralización. Una vez hecha esta aplicación a los contratos de obras públicas, la proliferación normativa pudo explicarse no solamente, por voluntad de cumplimiento del derecho francés con el derecho europeo, sino también, a razón de la competencia del poder reglamentario concerniente a los contratos públicos.

La construcción europea. En un comienzo, el Tratado de Roma guarda silencio con respecto de los contratos públicos, pero luego, con el Tratado de Maastricht en 1992, aparecen las primeras referencias de los contratos públicos (transcribió al artículo 179 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea –TFUE-). Progresivamente, las instancias europeas son intervenidas en relación con dichos contratos, por el conducto de las directivas.

La directiva es un acto de derecho derivado de la Unión Europea y adoptado por el Consejo y el Parlamento Europeo, propuesta por la Comisión basada en los tratados fundadores. Éstas son obligatorias (artículo 288 TFUE) y restrictivas para los países miembros destinados. Las directivas deben ser traspuestas a riesgo de exponerse a un recurso por incumplimiento o por demanda de responsabilidad. Si la directiva vincula los estados miembros con los resultados esperados, deja a las instancias nacionales la competencia relacionada con la forma y los medios aplicados.

Es así que el derecho de los contratos públicos de obras, intrínsecamente evolutiva, se volvió particularmente volátil, puesto que el derecho nacional ha debido conformarse a reglas comunitarias que son permanentemente reformadas. Como lo indicó Richer (2016, p. 358), la reforma de los contratos públicos francesa tiene un carácter asintótico, aproximándose sin cesar pero no alcanzando nunca.

En la ley francesa, las reglas que se aplican a los contratos de obras públicas son antiguas, tal como lo señala Monnier (1984) Incluso bajo el régimen antiguo ya existía un sistema de contrato sobre la adjudicación para las obras públicas, como lo señaló Christophle y Auger (1889-1890, n°329). Después de la revolución francesa, el Decreto del brumario 10 XIV, establecía que las obras de los hospicios y de los establecimientos de caridad, debían ser dadas a la adjudicación. Progresivamente, la reglamentación correspondiente a los contratos públicos fue confiada a la Comisión central de los contratos, quien promulgó el primer Código de los contratos públicos mediante el Decreto del 17 de julio de 1964. Paralelamente a esta reglamentación interna, el derecho comunitario derivado, progresivamente, alborotó el derecho de los contratos de obras públicas a través de diferentes directivas.

La Directiva 71/304 implicaba la supresión de las discriminaciones a favor de los actores nacionales en la atribución de los contratos de obras y, fue completada por la

Directiva 71/305 para las obras públicas, que definía el procedimiento de contratación de éstas últimas. Sin embargo, el éxito limitado de estas directivas, tal como lo constata Bréchon (1989, p. 8), permite el nacimiento de nuevas directivas a la luz de la Directiva 93/37 relativa a las obras del 14 de junio de 1993.

Debido a esos avances europeos, el acceso al derecho de los contratos de obras públicas estaba comprometido, puesto que, con relación a ciertos puntos, el estado del derecho nacional no coincidía con aquel del derecho comunitario. La armonización que se imponía fue realizada por el Decreto del 7 de marzo de 2001, el cual surge del segundo Código de los contratos públicos. Aun así, la armonización y la simplificación proyectada, no fue posible, de manera que el decreto de 2001 fue contemplado mediante diversos recursos, en parte fructíferos, a la luz de la sentencia que anuló la disposición del decreto que excluía el contrato de mandato en el ámbito de la aplicación del Código (Francia, Consejo de Estado, *UNSPIC*, 2003, 5 de marzo).

El Decreto del 7 de enero del 2004 fue adoptado con el fin de paliar las críticas persistentes que se le hicieron al Código de los contratos públicos de 2001¹⁸. No obstante, las modificaciones efectuadas por el legislador francés, transponiendo incluso por avanzado ciertas disposiciones de la Directiva 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, fueron juzgados como insuficientes por la comisión europea¹⁹.

¹⁸ Dictamen motivado de la comisión europea del 17 octubre de 2002, pidiendo la modificación de ambas puntos del Código de 2001

¹⁹ Recuso por incumplimiento de febrero del 2014 ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

A partir de este hecho, el legislador nacional, en su búsqueda de cumplimiento de las nuevas disposiciones europeas, adoptó un tercer Código de contratos públicos, por la vía del Decreto del 1º de agosto del 2006. Este Código contenía, según Royer (2007) imperfecciones que fueron rectificadas por diferentes decretos cada año. Así, entre 2008 y 2014, diez y siete decretos modificaron el Código de los contratos públicos que se encontraba en vigor²⁰.

En esta búsqueda de cumplimiento con el derecho comunitario, el derecho francés sucumbió, a pesar de no estar de acuerdo, a la dispersión normativa. Cuatro Códigos de los contratos públicos fueron adoptados en siete años, sin embargo no fue la búsqueda de cumplimiento la que condujo a la ilegibilidad de la ley, sino la fragilidad de la competencia reglamentaria acoplada al frenesí legislativo.

La competencia reglamentaria y frenesí legislativo. En primer lugar, la competencia frágil del poder reglamentario en el ámbito del contrato público, es destacada por el comisario del gobierno Piveteau (1981) en el momento en que declaró sus conclusiones sobre la sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 1981, *Orden de los abogados*. Inicialmente, basado en la ley de habilitación del 5 de octubre de 1938, un decreto-ley intervino el 12 de noviembre de 1938, autorizando temporalmente al gobierno (hasta el 15 de noviembre de 1938) a tomar medidas reglamentarias relativas a la contratación y a la ejecución de los contratos del Estado y de las colectividades locales. Si bien el poder de modificar las leyes había sido acordado al poder ejecutivo por un tiempo determinado, el gobierno, dejó pasar ese plazo de habilitación, continuó modificando por decreto las leyes

²⁰ <https://www.economie.gouv.fr/daj/Decrets-modificatifs-du-code>: Ejemplo de algunos Decretos modificando el Código de los contratos públicos : Decreto n°2008-1334 del 17 de diciembre de 2008 modificando ciertas disposiciones sobre los contratos sometidos al Código de los contratos público. Decreto n°2008-1355 del 19 de diciembre de 2008 sobre la aplicación del plan de recuperación económica en los contratos públicos. Decreto n° 2009-1456 del 27 de noviembre de 2009 relativo a los procedimientos de recurso aplicables a los contratos de la contratación pública. Decreto n° 2009-1702 del 30 de diciembre de 2009 modificando las umbrales aplicables a los contratos pasados en aplicación del Código de los contratos públicos y de la Ordenanza n° 2005-649 del 6 de junio de 2005.

anteriores. Así, según el comisario del gobierno: “un decreto-ley cuyo único objetivo es permitir esta extensión temporal indefinida de la habilitación legislativa, es, por consiguiente, por este único hecho, un decreto-ley ilegal”. A pesar de esas consideraciones jurídicas, el Consejo de Estado, en la sentencia *Orden de los abogados de París*, en 1981, estima que el gobierno puede reglamentar la contratación pública basándose en el decreto del 12 de noviembre de 1938. Esta solución fue retomada por la sentencia del Consejo de Estado del 5 de marzo del 2003, *Orden de los abogados del Tribunal de París*, la cual confirma que le corresponde al poder reglamentario definir las condiciones de contratación de los contratos públicos. Si bien jurídicamente la competencia en el ámbito de la contratación de obras públicas debería volver a ejercerla el poder legislativo, ésta fue consagrada por la jurisprudencia como responsabilidad del poder reglamentario.

En segundo lugar, más allá del mismo poder reglamentario, Llorens (2005, p. 3) habla de la “fiebre creadora” que atrapó al legislador en los últimos decenios, en el establecimiento, por leyes especiales, de nuevas formas contractuales. A la luz de los contratos de arrendamiento enfiteúticos administrativos, definidos como contratos de larga duración mediante los cuales el arrendador confiere al arrendatario un derecho real inmobiliario. El enfiteuta realiza las construcciones que se vuelven propiedad del arrendador al final del contrato, recibiendo a cambio un precio bajo de alquiler. Esos contratos superficiales fueron legalizados de manera sectorial con la LOPSI²¹ y después con la LOPJ²², permitiendo establecer la construcción de comisarías, departamentos de policía, centros penitenciarios, contratos globales de misión de concepciones, de realizaciones, de transformaciones, de explotaciones y de financiamientos. La ley del 2 de julio del 2003 prestó atención a los

²¹ Ley n°2002-1094 del 29 de agosto de 2002 de orientación y de programación por la seguridad interior.

²² Ley n°2002-1138 del 9 de septiembre de 2002 de orientación y de programación por la justicia

campos de aplicación, los cuales eran susceptibles de afectar la inmobiliaria pública (hospitales, universidades, museos), las infraestructuras de transportes, los lugares deportivos.

Consecuencia de esta doble competencia reglamentaria y legislativa. Estas repetidas consagraciones, tanto por el poder reglamentario como por el poder legislativo, en vez de haberse aplicado a la contratación de obras públicas, han conducido a la ilegibilidad del derecho aplicable. El Reporte del Consejo de Estado de 1991 “de la seguridad jurídica”, identifica los inconvenientes mayores de la inflación normativa: inestabilidad de los textos sucedidos a un ritmo cada vez más rápido ; dificultad de conocer y comprender los textos aplicables, notoriamente por razón del fenómeno de las derogaciones implícitas; incoherencias en el sistema jurídico. Si ese mismo movimiento de inflación se encuentra igualmente en Colombia, no es por las mismas razones.

1.2 Manifestación y consecuencia de la proliferación normativa en derecho colombiano

Inicialmente la Ley 80 de 1993 se propuso como objetivo paliar la tendencia casuística presente en el derecho colombiano. El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato de obra pública como aquél que celebran las Entidades Estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles (Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992, exposición de motivos de la Ley 80 de 1993).

El objetivo de esta ley era ofrecer un régimen jurídico global y unificador al contrato estatal, creando un Estatuto General de Contratos Públicos Administrativo, mediante una categoría única de contratos públicos denominada “contratos estatales”.

La dispersión normativa tiene una doble dimensión (Benavides, 2016, p. 277). Por un lado, existe una dispersión entre las normas que regulan los contratos estatales propiamente dichos, y, por otro lado, existe una dispersión entre las normas que regulan los contratos estatales especiales. Desde la expedición de la Ley 80 de 1993 el legislador ha expedido por lo menos 21 leyes diferentes que excluyen a la mayoría de las entidades descentralizadas del régimen contenido en la Ley 80 de 1993.

En primer lugar, en cuanto a los contratos estatales propiamente dichos, se puede constatar una dispersión tanto legislativa como reglamentaria, frente a los contratos de obras públicas.

Relativa a la dispersión legislativa, la Ley 1150 de 2007 aporta las primeras excepciones al Estatuto General de Contratos Públicos de la Ley 80 que tiene, sin embargo, vocación general. En este sentido, Benavides (2016) pone a la luz esta clara influencia del Banco Mundial en el cambio sustancial de la selección objetiva de la Ley 80 de 1993 por la Ley 1150 de 2007 (p. 863). En relación con la escogencia del contratista el cambio más significativo, en el artículo 2° de la Ley 1150 derogó el numeral 1 y párrafo 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, reside en el estableciendo de tres nuevas modalidades de selección (la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa) que puedan aplicarse al contratista de obra. Por parte de los cambios menos significativos, el artículo 50 numeral 2 dispone que: “en los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación”. Y por fin el artículo 20 párrafo 70 agrega que:

El Gobierno nacional adoptará documentos para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, las cuales deberán ser utilizados

por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten.

La Ley 1474 de 2011 aporta modificaciones al Estatuto General de 1993, incorporando principalmente medidas para combatir la corrupción en la contratación pública a nombre del principio de transparencia, aporta nuevas obligaciones en el ámbito de los contratos de licitación (Capítulo VII – artículo 82, 83, 87, 88, 91).

La Ley 1508 de 2012, agrega formalidades en caso de contratación de contratos de obras públicas de interés público (artículo 38). Además, la Ley 1682 del 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias, agrega muchas excepciones al Estatuto General de la Ley 80, (Título I - artículo 40, numeral 5. Artículo 50 por las obras de infraestructura del transporte materializan el interés general. Título II – artículo 12 – obra de protección. Título IV – capítulo 2 - artículo 43 – obra de emergencias).

Finalmente, la Ley 1882 (2018, art. 1º párrafo 2º) introdujo una licitación pública especial para seleccionar contratistas de obra pública. Ahora los pliegos de condiciones serán formatos que expida Colombia Compra Eficiente.

Se añade a esta complejidad, todas las reglas sobre los contratos de asociaciones público – privadas, desde 2012.

Paralelamente a las modificaciones legislativas progresivas hechas al Estatuto, este último se vio impactado por diversos trastornos reglamentarios, a la luz del decreto 1510 del 2013, que impone nuevas obligaciones, notoriamente en relación con el plan anual de adquisición (Artículo 4). Igualmente, el decreto 1082 del 25 de mayo del 2015 contiene diferentes medidas aplicables a los contratos de obras.

En segundo lugar, relativo a la dispersión que afecta las normas reguladoras de los contratos estatales especiales. Dichas excepciones a la aplicación del Estatuto General, se justifican generalmente por la necesidad de poner la administración al mismo nivel que los contratistas. De igual manera, se podría aplicar a los contratos de obras, un régimen excepcional a la luz de la Ley 105 de 1993 para los contratos cuyo objeto abarca la construcción de obras públicas, de adquisición, de suministros que garanticen la seguridad aérea y aeronáutica que concluye la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Inconvenientes de la dispersión. La dispersión presenta dos inconvenientes mayores, resaltados por Benavides (2016, p. 278), no solamente lo anterior aleja al legislador colombiano de sus ambiciones principales en el momento de la expedición de la Ley 80, sino también, la dispersión dificulta el trabajo de los operadores económicos, quienes por una misma situación jurídica pueden aplicar diversas normas. Con respecto a esto, se puede denotar una tendencia general a la proliferación normativa de los contratos públicos en América Latina (Moreno Molina, 2015):

La proliferación normativa en el sector ha ocasionado una complejidad creciente de la normativa sobre la contratación pública, que se ha acrecentado además por la existencia en la actualidad de una gran cantidad de normas aplicables a la contratación pública en América Latina.

Razones de la dispersión normativa. Este apilamiento de reglas, tanto legislativas como reglamentarias, ha venido progresivamente dificultando el conocimiento de la regla aplicable en el ámbito de los contratos de licitación. Colombia Compra Eficiente (Motivos del proyecto 20 de junio de 2016, p. 2) plantea dos razones a dicho propósito:

- La tendencia a generar leyes para que se incluyan en el sistema de adquisición pública normas que tienen como fin enfrentar los escándalos de corrupción.
- La tendencia a generar leyes para solucionar temas puntuales de la compra pública

A lo anterior se le podría agregar la influencia de los organismos supranacionales de la legislación colombiana. En efecto, en los años 1980, Colombia ha suscrito la convención interamericana contra la corrupción de 1996 y la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, convención que se refiere especialmente a los contratos públicos. Por otro lado, Colombia ha adherido a diversos bancos multilaterales, a la luz del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), filial del Banco Mundial (adhesión el 30 de noviembre de 1995) o del Banco Interamericano de desarrollo (BID). La adhesión de Colombia a esas convenciones y fondos internacionales, testimonia la influencia de las normas supranacionales sobre la contratación pública colombiana (Benavides, 2010, pp.159-210).

En efecto, las bancas multilaterales financian muchos proyectos que se desarrollan mediante la contratación pública. Estas bancas imponen sus reglamentos de contratación, ejerciendo una importante influencia sobre los regímenes internos de contratación. Por ejemplo, el Banco Mundial ha concebido mecanismos para hacer un seguimiento de los recursos prestados o donados a los países que han sido beneficiarios de su ayuda. En la actualidad se aplican las normas de 2004 actualizadas en 2006 por el Banco, en las cuales el Banco indica el desarrollo de proyectos financiados por éste sobre las políticas que rigen la contratación de obras entre otros (Benavides, 2014, pp. 41-54).

Con respecto a esto, se puede constatar que las razones de la inflación legislativa en Colombia y en Francia no persiguen los mismos fines. Mientras que en Francia la opacidad del derecho de los contratos de obras públicas no se explica solamente por:

- La competencia reglamentaria, la cual apunta, por un lado, el cumplimiento del derecho francés al derecho comunitario (Decreto de 1964; Decreto de 2001; Decreto de 2004; Decreto de 2006), y por otro lado, la voluntad de utilizar los contratos públicos como palanca para la reanudación económica (Decreto de 2008).
- La competencia legislativa, con el fin notorio, de paliar la carencia de la inversión pública en el ámbito de la instalación pública, consagrando las asociaciones público-privadas (Ley n°2002-1094 de 2002; Ley n°2002-1138 de 2002).

En Colombia, la proliferación normativa en el ámbito de los contratos de obras públicas se explica, primero que todo, por la influencia del Banco Mundial (Benavides, 2016, p. 863; 2014, 41-54) y del gobierno colombiano, con la voluntad de evitar la corrupción (De Vivero, 2010, p. 61-62; Serrano, 2014, p.15) a nombre del principio de transparencia de los procedimientos.

Entonces, en Francia, no es tanto la concepción extensiva del principio de transparencia lo que ha conducido a la inflación legislativa, mientras que en Colombia, es, principalmente, la lucha contra la corrupción teniendo una concepción extensiva del principio de transparencia que ha conducido a la ilegibilidad.

2. Reforma estructural de los contratos públicos necesaria

La reforma del derecho de los contratos públicos, impulsada por la Directiva 2014/24, no solamente flexibiliza una parte del derecho aplicable, sobretodo, re-organiza la arquitectura del derecho de los contratos, a un nivel de mayor seguridad jurídica. Esta re-organización de la contratación pública, propone las premisas de una codificación de los contratos públicos en el derecho francés. ¿Es tal movimiento transferible al derecho colombiano, con el fin de paliar la inflación legislativa mencionada?

2.1 Primicia de la recodificación de la contratación pública en Francia

La Directiva europea ha tenido un efecto positivo en el derecho francés, otorgando la posibilidad al legislador de re-organizar, de manera general y global, la arquitectura de los contratos públicos. Esta reforma garantiza la seguridad jurídica prefigurada en la recodificación del derecho de la contratación pública.

La Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades operantes en los sectores de acueducto, energía, transportes y servicios postales, y la Directiva 2014/24/UE sobre la contratación pública, han sido objeto de la ordenanza del 23 de julio del 2015 sobre los contratos públicos, y de dos decretos, uno sobre los contratos públicos en general y, el otro, sobre los contratos de defensa y seguridad, los dos del 25 de marzo del 2016. Esos cuatro textos han tenido por efecto, notoriamente por la forma, la simplificación de la organización del paisaje jurídico francés.

La transposición de las directivas en el derecho francés, ha sido la ocasión de refundir en un mismo texto, la base de las reglas aplicables a los contratos públicos, Así, el volumen de las reglas legislativas que se aplicaban hasta el momento a dichos contratos, ha sido reducido en un 40%. También, el número de textos pasó de 17 a 3, lo que permite suprimir 196 páginas de reglamentación (reforma de la contratación pública, 2015). De esta manera, la Ordenanza del 23 de julio del 2015, ha favorecido la fusión, en un mismo texto, de la Ordenanza del 2004 sobre los contratos de asociación y la Ordenanza del 2005 relativa a los contratos de los poderes adjudicadores no sujetos al Código. De ahí en adelante, el régimen derogatorio del contrato de asociación es refundido en la segunda parte de la ordenanza sobre los contratos públicos (artículo 66 al 90), a través de la denominación de las compras de asociaciones, bajo una visión más coherente con el derecho europeo.

Así, la reducción de los textos aplicables a los contratos públicos, mediante su unificación en un mismo texto, ayuda a la simplificación y la coherencia del tema. Además, el legislador francés se sometió a las reformas, con el fin de prolongar la intervención del legislador europeo a favor de una refundición de la arquitectura del derecho francés de la contratación pública. En efecto, anteriormente, los principales pilares de la contratación pública se expresaban a través de los contratos públicos, las delegaciones del servicio público, y recientemente, con los contratos de asociaciones desde la Ordenanza del 2004. Alrededor de este epicentro gravitaban numerosos contratos especiales, los cuales, como se ha visto, condujeron a la ilegibilidad del derecho. A partir de ahí, en coherencia con la visión europea, la *summa divisio* de los contratos públicos se compone en el derecho francés de la siguiente manera:

- Por un lado, los contratos públicos generales (compuestos de contratos de obras, de servicios y de suministros) y las compras de asociaciones.
- Por otro lado, las concesiones de las obras, de los servicios o de suministros.

La simplificación intervino de manera tal que pudo devolverle la competencia al legislador en el ámbito de la contratación pública. En efecto, cuando se dio esta transposición, el gobierno decidió estudiar de nuevo el cumplimiento del Código de la contratación pública en la jerarquía de las normas. Dicho Código, hay que recordarlo, pertenecía a la jurisdicción del poder reglamentario. Desde entonces, el Código fue suprimido y refundido mediante la ordenanza y los decretos mencionados. El artículo 39, Ley Sapin II del 9 de diciembre del 2016, ratifica la Ordenanza del 2015 sobre los contratos públicos, dándole el mismo valor legislativo. El artículo 38 de la misma Ley, autoriza al gobierno a proceder por medio de la ordenanza la adopción de la parte legislativa del Código de la Contratación Pública, con un plazo de 24 meses que cuentan a partir de la promulgación de la

Ley Sapin II, es decir hasta el 9 de diciembre del 2018. De esta forma, según Maïa (2016, p. 2), la ordenanza jurídica francesa no podía ganar en legibilidad, sino en solidez, entendida como el fundamento del orden legislativo aplicable a los contratos públicos y no, de naturaleza reglamentaria.

Era entonces el momento de adoptar un Código de contratación pública, de vocación general que reagrupara en un mismo texto la cuasi totalidad de los textos aplicables a los contratos de derechos y asuntos públicos. Ese término “contratación pública” ha sido utilizado por primera vez en una decisión del Consejo constitucional del 2003, designando al mismo tiempo los contratos públicos y las concesiones (Delvolvé, 2016, p. 1). De hecho, no fue la primera vez que la idea de adoptar un Código de contratación pública se propuso. Ya la Circular del 30 de mayo de 1996, la Ley del 9 de diciembre del 2004 y la Ley del 2009, pretendían la adopción de tal Código. Pero esos proyectos fueron abandonados, porque según Richer (2016, p. 362), el trabajo de codificación de los contratos de contratación pública no había sido utilizado adecuadamente. Por el contrario, esta vez, la adopción de dicho Código permitiría acabar el trabajo de codificación, ya comenzado por las ordenanzas del 2015 sobre los contratos públicos, y las del 2016 sobre las concesiones.

¿Puede el movimiento codificación-descodificación-recodificación de la contratación pública en Francia, ser aplicado en Colombia?

2.2 ¿Codificación de los contratos públicos en Colombia?

Analizaremos en esta parte, no solamente los factores propicios a la codificación del derecho, antes de abordar los diferentes métodos de codificación que pueden, eventualmente, aplicarse a la modificación del derecho colombiano de los contratos públicos. Primero que

todo, varios factores pueden tenerse en cuenta en la difusión de la forma codificada del derecho:

Antes que nada, un primer elemento consiste en el momento de la adopción del Código con respecto del acceso a la independencia nacional o a la realización de la unificación entre las unidades estáticas separadas hasta el momento. El segundo factor de la codificación consiste en el nexo entre pasado y presente, entre una cultura jurídica que debería pertenecer al patrimonio intelectual de la Nación, y una expresión moderna de un Estado-Nación en curso de constituirse. Finalmente, la codificación ha podido ser un instrumento de modernización económica y social (Halpérin, 2004, p.26).

El derecho colombiano había ya optado por la forma codificada del derecho. Se puede ver ante este hecho, la influencia del código civil francés en la perspectiva de codificación de los países latinoamericanos y en otros lados (Guzmán Brito, 2004, p. 47). El código civil francés tuvo una expansión enorme: fue impuesto en Bélgica (1804), en las provincias de Italia (1804), en Holanda (1811), e influyó en otros sistemas, como en los códigos civiles de Holanda (1838), Rumania (1864), Italia (1865), Quebec (1866), Luisiana (1870), Portugal (1867), Mónaco (1885), España (1889), Egipto (1950), así como en la mayoría de las naciones iberoamericanas (Bolivia, 1845 ; Perú, 1852 ; Chile, 1857 ; Uruguay, 1869 ; Argentina, 1871 ; México, 1871 ; Venezuela, 1873 ; Colombia, 1873 ; Guatemala, 1877 ; Honduras, 1880 ; El Salvador, 1880 ; Costa Rica, 1888).

Así, Colombia, en una tradición de derecho romano, parece ser propicia a la codificación, al menos, del derecho privado. Testimonio de esto, es el ejemplo de la codificación del derecho comercial en 1971 (Pinzó, 2002, pp. 419-444.). Una codificación de la contratación pública, ¿podría ser factible?

Para solucionar esta pregunta, conviene analizar la construcción del derecho público colombiano, el cual se realizó bajo la influencia del modelo jurídico extranjero. Wald (2004, p. 130) explica que los derechos en América Latina tienen una originalidad, ya que son mixtos y se vieron afectados por la influencia europea en derecho privado, y la influencia norteamericana en derecho público. Además, Sánchez Escobar (2012) pone a la evidencia la influencia de los Estados Unidos en la construcción del modelo jurídico latinoamericano. Así, *a priori*, la influencia del Common Law americano sobre el derecho colombiano, podría dar esta falta de especificidad a la codificación, ya que el derecho del Common Law es por definición un derecho volátil opuesto a la codificación.

Sin embargo, la tesis de Rodríguez Villabona (2015) demuestra que en Colombia el derecho público constitucional fue ampliamente influenciado en los años 30 por el constitucionalismo francés. Además, la tesis de Benavides (2000) resalta la influencia neoliberal que ha modificado los fundamentos de los contratos administrativos inspirados en el derecho francés. Así, la reforma colombiana de los contratos públicos pudo hacerse bajo la misma línea del derecho de los contratos públicos franceses.

De esta manera, frente a estas dos lecturas, el origen del derecho colombiano de los contratos públicos pudo ser, en un principio, de origen romano, propicio a la codificación, más que en el *Common Law* americano. Falta todavía medir las ventajas de tal codificación del derecho de la contratación pública en Colombia, frente al estado actual del derecho.

La codificación del derecho puede aportar numerosas ventajas a un sistema jurídico, tanto como la consecuencia de efectos perversos. Carrillo Flórez (2004) consejero principal del Banco Interamericano de Desarrollo, destaca las siguientes ventajas:

La función técnica de la codificación, de valor permanente, que consiste en asegurar acceso al conocimiento del derecho, al reunir las reglas en un conjunto completo, coherente y divulgado, asegura una competencia leal en los mercados. La codificación también es pues clave para asegurar una mejor accesibilidad e inteligibilidad de nuestro derecho. Simple y llanamente, la codificación vuelve el derecho más simple, accesible y de mejor calidad. Y refuerza, como ya se ha dicho, los cimientos democráticos de una sociedad cuya piedra filosofal es el principio de legalidad (p. 241).

Por otro lado, la codificación puede alterar la norma jurídica, con su carácter dogmático conlleva el carácter paralizado de un derecho contenido en un código. Visto desde otra óptica y fundado sobre una constatación largamente errónea, mal pensada y realizada, la codificación vuelve más incierto aún el establecimiento de la ley aplicable.

Parece ser entonces impertinente optar por una simple compilación torpe de textos aplicables a la contratación pública. Bajo esta lógica, se distinguen diversos tipos de codificación. “La compilación” que consiste en acumular los textos jurídicos, se hace en primera medida a partir de un tema. “La consolidación”, se hace sobretodo a partir de un texto y consiste en integrar una estructuración por las leyes anteriores. “La reordenación del derecho existente”, combina una repartición racional de temas entre códigos y una estructuración por código, y se hace a partir de la globalidad del derecho. “La reformación” del derecho luego de un periodo revolucionario o reformador, se efectúa a partir de grupo de temas (Bourcier, 2004, p. 172).

De lo anterior, parecen interesantes los proyectos de ley que más allá de retomar la totalidad del derecho, proponen igualmente un reescritura del derecho, de nueva regla. La compilación del derecho no parecerá en ese sentido una simple compilación, sino que podrá

pretender realmente a la legibilidad del derecho. En ese sentido, un proyecto de reforma interesante fue propuesto por Colombia Compra Eficiente en 2016 (Proyecto del 20 de junio de 2016). Ese proyecto de reforma realizó un trabajo importante de síntesis y de reorganización del derecho de los contratos públicos, pre-requeridos necesariamente en todo trabajo de codificación. Este último pretendió incorporar modalidades de contratación más flexibles, restringida con precalificación, competencia restringida con invitación y posterior negociación y dialogo competitivo; pero el proyecto de articulado nunca se presentó ante el Congreso.

Además como hemos visto, la reciente Ley 1882 (2018) ha traído elementos interesantes a la contratación pública, no obstante estas innovaciones se limitan a los contratos de obras. ¿ Por qué pintar una pared, cuando toda la casa podría ser pintada? Es decir, por qué introducir nuevas herramientas solamente para una forma contractual cuando se podría hacer lo mismo para todas. Las premisas se inician, esperamos, en el sentido de una reforma global de la contratación pública. Refundir, unificar, consolidar, pueden ser las palabras que conduzcan la reforma global de los contratos Estatales en Colombia, por medio de un Código de la contratación pública, reorganizando toda la estructura y los procedimientos de selección del contratista de la entidad pública.

Conclusiones

Este primer artículo buscó resaltar las razones y las consecuencias de la rigidez del proceso de selección del contratista de obra pública. La hipótesis se centró en mostrar que la rigidez de los procedimientos de selección es una fuente de ineficiencia económica.

La rigidez se explica en este sentido, desde una visión administrativa de la contratación pública, asimilando el procedimiento de selección del contratista de obra pública, a un procedimiento administrativo como cualquier otro. La investigación lleva a concluir que, la rigidez se debe a una visión amplia de los principios de la contratación pública, donde se priorizan algunos principios y no se toman en cuenta ciertos aspectos de la realidad económica del mercado.

La amplia visión de los principios de la contratación pública con fundamento constitucional se encuentra particularmente en el control jurisdiccional del contrato. En este, el juez colombiano hace una estricta aplicación de estos principios y así, fácilmente puede llevar a la rescisión del contrato. Aunque, si bien la anulación está justificada administrativamente, esta es ineficiente desde el punto de vista económico.

La continuación de la investigación ha llevado a destacar las consecuencias negativas debido a la visión administrativa de los procesos de selección. Así bien, se han detallado los pasos a seguir para lograr la selección del contratista en la licitación pública. Estas etapas rígidas, marcados por actos administrativos, conducen más a centrarse en el cumplimiento de la regla que en la eficiencia económica. Otra consecuencias debido a la rigidez de los procedimientos, reside en la huida de los compradores públicos hacia procedimientos menos formalizados y más flexibles, en lugar de los procedimientos legales de derecho común.

El segundo capítulo, destacó las consecuencias y las manifestaciones de la proliferación normativa en el campo de las compras públicas de obras. Esta proliferación se explica, en particular, por la búsqueda asintótica (que se acerca pero que nunca toca) del respecto de los principios de la contratación pública. La demostración evidencia que la claridad del derecho en materia de contratos de obras públicas, está comprometida y aboga, en este sentido, por la adopción de una reforma integral de los contratos públicos, mediante la

adopción de un Código de contratación pública que combina y sintetiza todas las reglas que se aplican al tema.

La propuesta aboga por el abandono de la visión administrativa de la contratación pública y busca promover una visión económica, más racional y coherente con la realidad del mercado. El tener en cuenta los aspectos económicos en la selección del contratista de obras públicas, es una fuente de eficiencia económica tanto para los recursos públicos como para los candidatos en la presentación de sus ofertas.

Para alcanzar esta visión económica de la contratación pública, el segundo artículo tendrá como objetivo demostrar los beneficios de la flexibilización en los procedimientos de selección del contratista de obra pública. Trata de una flexibilidad en la que se propone no solo la adopción de un procedimiento de derecho común con una fase de negociación, sino también en la que se fomenta la flexibilización y la reducción del formalismo en las modalidades de aplicación de los procedimientos.

FLEXIBILIZACIÓN DEL TRÁMITE DE SELECCIÓN: HACIA LA EFICIENCIA

Capítulo I

Visión económica de la contratación pública fuente de eficiencia

En esta segunda parte del trabajo, veremos la envergadura de la flexibilización en los procedimientos de selección en derecho colombiano y francés. Una vez efectuado ese inventario, la comparación de los dos modelos jurídicos permitirá analizar las posibilidades de implementación, con respecto a los elementos de flexibilización de los procedimientos. La idea sería de demostrar el papel de la flexibilización en la escogencia del contratista de la administración, como fuente de eficiencia, contribuyendo a la visión económica de la contratación pública. Esta proposición nos conducirá a promover no solamente la flexibilización del trámite de selección, sino también, las modalidades de selección del contratista. Se plantean, sin embargo, interrogantes sobre el papel de la flexibilización de los procedimientos, en particular de la negociación, en la buena gestión de los recursos públicos.

1. Finalidad de la flexibilización de los procedimientos de selección

Convendría centrarse en los detractores de la flexibilización y en las razones de la rigidez, antes de explicar los motivos que justifican la flexibilidad en la contratación pública. Trataremos de exponer las finalidades y los objetivos perseguidos con la flexibilización.

Inicialmente, el derecho comunitario se justificaba de una política rigurosa con relación a la contratación pública, con el fin de luchar contra las huidas de procedimientos, en las cuales Francia fue vanguardista, como recuerda Richer (2016, p. 453).

En este sentido, la profesora Ubaud-Bergeron en su estudio sobre el Derecho de la Unión Europea y la negociación (2014, p. 2) sugiere tres razones justificando la política rigurosa del derecho comunitario con respecto a la negociación, la cual representa una de las facetas de la flexibilización. Primero, la negociación puede ser percibida como un medio de violación del principio de igualdad de trato de los candidatos. Segundo, la reticencia inicial del derecho derivado con respecto a la negociación puede explicarse por razones de práctica y de cultura jurídica. En efecto, las entidades públicas *a priori* menos marcadas que los operadores económicos por la cultura de la negociación, la idea en la literatura europea se ha traducido en la voluntad de protección de la persona pública. Por fin, los críticos de la negociación defienden que esta no es económicamente indispensable al encuentro de la oferta y de la demanda.

Además, más allá de la reglamentación supranacional, el derecho colombiano y francés, han planteado reglas estrictas de selección del contratista como mecanismo para luchar contra la corrupción²³.

El derecho francés innova en 1993 con la expedición de la Ley sobre la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y los procedimientos públicos, denominada Ley “Sapin I”. Esta por primera vez, establece un marco para la celebración de las antiguas delegaciones de servicios públicos ahora denominadas, contratos de concesiones. El equivalente de dicha Ley, se expidió en 2016, con la Ley del mismo nombre, denominada

²³ Para más detalles : Artículo 1, pp. 46-47

“Ley Sapin II”, modificando ciertos artículos de la ordenanza de 2015 sobre los contratos públicos, en particular, prohibiendo la presentación de oferta variable según el nombre de lote susceptible de ser seleccionado²⁴. Esta última posibilidad, introdujo por las Directivas de 2014, apenas entrada en vigor el 1 de abril de 2016 en el ordenamiento jurídico nacional francés, se había cerrado recientemente por la Ley Sapin II, así argumentando, en el sentido de procedimiento de selección estricto.

Por otro lado, el derecho colombiano, ha optado por implementar procedimientos formales, para luchar contra corrupción. En este sentido, el autor Lozano Villegas explica de qué manera la contratación estatal es un herramienta contra la corrupción (2017, p. 311). Además, según Transparencia Internacional 2015, Colombia ha ocupado el puesto 83 entre 168 países en el ranking mundial de corrupción²⁵. A este respecto, el Decreto 222 de 1983 en Colombia implicaba un modelo de contratación demasiado formalista con el fin de luchar contra la corrupción. Sin embargo, la complejidad y la rigidez de los procedimientos de selección, no impide la corrupción, como se lee en lo siguiente: “lo complicado de la selección en los contratos estatales es la oportunidad propicia para la corrupción” (Safar Díaz, 2017, p. 219).

Igualmente, en Europa el riesgo de corrupción es importante como lo muestran los siguientes estudios. La Unión Europea notaba en su reporte anticorrupción (COM (2014) 38 final, p. 3) que cada año los estados miembros pierden 120.000 millones de euros debido a la corrupción. La contratación pública es un ámbito expuesto a las prácticas de corrupción. Los costes adicionales de un contrato como consecuencia de las prácticas de corrupción pueden

²⁴ Artículo 32 de la ordenanza n° 2015-899 del 23 de julio de 2015 sobre los contratos públicos, modificado por el artículo 39 V de la Ley n° 2016-1691 del 9 de diciembre de 2016

²⁵ Transparency International (2015). Corruption perception Index 2015 Report. Recuperado de: <http://transparenciacolombia.org.co/indice-de-percepcion-de-corrupcion-2015/>

ascender al 20%-25 %, y en algunos casos incluso el 50%, del costo total del contrato.

Asimismo, la OCDE notó en su reporte (2011, p. 21) que: “los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito de riesgo importante”. Sin embargo, las directrices de las nuevas Directivas apuntan a la flexibilización de los procedimientos y el aumento de las posibilidades de negociación, lo que revela, *a contrario*, que la rigidez de los procedimientos de selección sin negociación no es la solución para luchar contra la corrupción.

Así las cosas, se evidencia que existen otras herramientas para impedir la corrupción. En este sentido, Lozano Villegas (2017, p. 320) considera que las informaciones públicas, los datos y compras abiertas, la *accountability* y el control social pueden ser la solución para impedir la corrupción. Esta visión, es prometida también por Cerrillo Martínez (2015, p.1), por el cual la contratación pública debe separarse de una concepción principalmente dirigida a garantizar la igualdad y la competencia de los participantes en un proceso de contratación hacia un escenario de mayor transparencia, participación y colaboración.

En este punto de vista, el derecho brasileño tiene elementos de interés. Por ejemplo, en mayo de 2014, el gobierno brasileño creó el Programa Nacional de Participación Social, con la publicación del Decreto n° 8.423. Este decreto pretende crear instancias de participación de la sociedad civil en todos los órganos de la administración federal directa e indirecta. Hasta el momento no es posible analizar el impacto de este programa en el ciclo contractual, pero se estima la creación o ampliación de la intervención y control de la sociedad civil (Reis & Jordão, 2016, p. 192).

En nombre de la lucha contra la corrupción la celebración de los contratos públicos se rodeaba de reglas formales, estrictas. En reacción, efectos perversos se han revelado en la

práctica²⁶. Aunque el objetivo de las Directivas europeas fue imponer las huidas de los procedimientos, por razón de procedimientos demasiado laxos, por el contrario, procedimientos demasiados rígidos pueden tener el mismo efecto.

Con el fin de contener y controlar estos efectos perversos, la flexibilización parece ser la solución. A la vista de lo anterior, puede interrogarse sobre las finalidades, los objetivos de la flexibilización de la contratación pública.

El derecho francés, bajo la influencia del derecho comunitario, recurrió de nuevo al procedimiento más flexible. Este cambio de paradigma, se refleja ampliamente en la literatura europea.

Por un lado, ya la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2004/18/CE, prevén una mejor flexibilidad, de tal manera que las empresas de servicio público pueden elegir libremente adjudicar sus contratos mediante procedimiento negociado, siempre que hayan publicado una convocatoria de licitación (2004, p. 53)

Por otra parte, podemos deducir tres justificaciones al recurso a la flexibilización en el Libro Verde sobre modernización de la política de contratación pública de la UE. Primero, a fin de mejorar las herramientas que disponen los poderes adjudicatarios (2011, p. 14). Segunda, para modernizar los procedimientos de selección: “la Directiva prevé una mayor flexibilidad, de tal manera que las empresas de servicio público pueden elegir libremente adjudicar sus contratos mediante un procedimiento negociado, siempre que hayan publicado una convocatoria de licitación”. Tercero, como herramienta para remediar a la crisis financiera: “la Comisión consideró que en un contexto de crisis financiera, esta flexibilización ha justificado la utilización de un procedimiento acelerado para llevar a cabo

²⁶ Para más detalles : Artículo 1, pp. 25-37

proyectos importantes de inversión pública en 2009 y 2010” (2011, p. 16). Por fin, el considerando 42 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, dispone que es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones.

Por el lado del derecho colombiano, se supone que bajo la influencia del Banco Mundial, el legislador cambia de posición. Como explicó Benavides (2017, p. 863), en el pasado reciente bajo la presión en particular del Banco Mundial los procedimientos de selección se orientaron hacia su estructuración rígida. Pero en la actualidad las tendencias internacionales indican la revisión de concepciones difundidas en el pasado. En efecto, el Banco Mundial²⁷ reconoció en el documento Nuevo marco para la contratación pública, que los métodos de selección de contratistas son en extremo rígidos. La finalidad, los objetivos de esta nueva política es tener en cuenta una mejor valorización de costo-beneficio de los proyectos, promover el desarrollo sostenible e iniciar una visión más integral de los proyectos. Entonces esta visión es más a favor de los procesos flexibles que la anterior y se puede allanar el camino para una contratación más adecuada.

Acabamos de subrayar las finalidades de la flexibilización, la próxima etapa será analizar una de las facetas de la flexibilización de la contratación pública: la negociación.

2. Procedimiento de selección eficiente: la negociación

La flexibilización de los procedimientos de selección puede tomar ambas formas, ella puede referirse no solamente a la reducción del formalismo que rodea la celebración de los contratos, como la desmaterialización, sino también al recurso a la negociación, ella misma

²⁷ Banco Mundial. (2015). Nuevo marco para la contratación pública. Recuperado de: <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>

proteiforme. Se tratará en este capítulo de estudiar únicamente la negociación en los procedimientos de selección del contratista de la administración.

Primero, la negociación puede definirse jurídicamente como un intercambio entre las partes de un futuro contrato para convenir los derechos y obligaciones recíprocos que las partes se comprometen. Desde una perspectiva más económica, la negociación se considera un intercambio durante el cual la oferta y la demanda van a ajustarse mutuamente (Ubaud-Bergeron, 2014, p. 1).

En Colombia así como en Francia, la implementación de la negociación en los procesos de selección del contratista, aunque a escalas diferentes, apareció como una solución para incrementar la eficiencia de los procedimientos.

La flexibilización de los procesos de selección en el derecho francés.

Bajo la influencia de las nuevas Directivas europeas de 2014, el ordenamiento jurídico francés ha integrado en su sistema jurídico más flexibilización, no solamente creando nuevos procedimientos formales con negociación, sino también, reconociendo un alcance más importante a la negociación en los procedimientos adaptados y en los contratos específicos. De la Rosa (2016, p. 1) explica en este sentido que: “el derecho de la contratación pública se caracteriza por el lugar creciente que se reconoce entre poder adjudicador y operador económico”.

En los procedimientos formalizados. El lugar de la negociación en crecimiento se manifiesta tanto por la apertura de los casos de recurso a la negociación, en el fondo, como por la instauración de nuevo procedimiento formalizado con negociación, en la forma. Recordamos que el procedimiento formalizado es obligatorio para los contratos públicos de obra, a partir de un umbral fijado por reglamento europeo. Estos umbrales aumentaron

ligeramente con los últimos reglamentos europeos n°2017/2365 para los contratos públicos, del 19 de diciembre de 2017. Ahora el Estado, sus establecimientos públicos y las colectividades públicas, deberán recurrir a un procedimiento formalizado para los contratos públicos de obra por un importe superior a 5.548.000 euros.

Por un lado, en la forma, anteriormente el Código de los contratos públicos de 2006, se refería únicamente al “procedimiento negociado” al lado de la tradicional licitación pública y del dialogo competitivo. Ahora, el artículo 42 de la ordenanza del 23 de julio de 2015 sobre los contratos públicos y sus decretos de aplicaciones, transponiendo la Directiva 2014/24/UE, han creado nuevos procedimientos formalizados con negociación, detallados en función del perfil de comprador:

- El procedimiento de licitación con negociación, para los poderes adjudicadores (artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE transpuesto en el artículo 42 de la Ordenanza de 2015, y en el artículo 71 y s. del Decreto de 2016).
- El procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa, para las entidades adjudicadoras (artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE transpuesto en el artículo 42 de la Ordenanza de 2015, y en el artículo 74 del Decreto de 2016).

El procedimiento de diálogo competitivo, se ha abierto a las entidades adjudicadoras, pues el poder adjudicador y la entidad adjudicadora ahora se agrupan para sus disposiciones comunes, bajo el término único de “compradores”.

Al respecto cabe recordar la definición de ambos términos. Si los poderes adjudicadores representan clásicamente, las personas jurídicas de derecho público o las personas jurídicas de derecho privado que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, o por fin, los

organismos de derecho privado que estén dotados de la personalidad jurídica constituidos por el poder adjudicador para realizar actividades comunes (artículo 10 de la Ordenanza de 2015). Las entidades adjudicadoras son poderes adjudicadores o empresas públicas sometidas a la ordenanza de 2015 y realizan una actividad de operador de redes: gas y calefacción, electricidad, agua, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, extracción de petróleo y gas y prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos (artículo 4 de la Directiva 2014/25/UE transpuesto en el artículo 11 de la Ordenanza 2015).

Por otro lado, en el fondo, si los procedimientos con negociación podrán ejecutarse en hipótesis comunes, la finalidad de esos procedimientos es diferente.

Primero, sobre los casos de recursos. Aunque común a los tres procedimientos antes mencionados, las condiciones para recurrir a la negociación han aumentado considerablemente. En efecto, anteriormente, dichos procedimientos fueron autorizados solo en cuatro casos restringidos (artículo 30 de la Directiva 2004/18/CE):

- Cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en respuesta a un procedimiento formalizado.
- En casos excepcionales, cuando se trate de contratos de obra, de suministro o de servicio que, por sus características o por los riesgos que entrañen, no permitan fijar previa y globalmente los precios.
- En el ámbito de los servicios, en particular para las prestaciones intelectuales, como la elaboración del proyecto de obra.
- En el caso de los contratos públicos de obras que se realicen únicamente con fines de investigación, experimentaciones o perfeccionamiento.

Así la negociación se permitió solo debido al carácter excepcional de la compra o las circunstancias de la compra. Ahora, la Directiva 2014 sobre los contratos públicos, establece, además de los supuestos existentes, cinco casos adicionales que permiten el recurso del procedimiento de licitación con negociación y del diálogo competitivo. El artículo 25 del Decreto de aplicación de la Ordenanza recogerá integralmente dichos supuestos, autorizando su aplicación:

- Cuando las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de solución fácilmente disponibles;
- Cuando las necesidades incluyen un proyecto o soluciones innovadoras. Son innovadoras, obras, suministros o servicios nuevos o sensiblemente mejorados;
- Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos;
- Cuando el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica;
- Cuando en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables.

La negociación parece mucho más permisiva en el procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa, para las entidades adjudicadoras, pues el artículo 26 de dicho Decreto, no contiene ninguna hipótesis especial que rodee el recurso a la negociación. Este procedimiento permite a las entidades adjudicadoras negociar las condiciones del contrato con uno o ambos operadores económicos, se concibe como una aplicación del procedimiento de licitación con negociación en el ámbito particular de los contratos

celebrados en los sectores de redes. Dicho proceso es aún más flexible para las entidades adjudicadoras pues ello no fija un plazo para la presentación de las ofertas, antes de negociar (artículo 74 del Decreto de 2016).

Segundo, sobre las finalidades de los procedimientos con negociación. Si los casos de recurso no permiten que el comprador haga una elección entre los diversos procedimientos, es más con base en la finalidad perseguida y la precisión con la que el comprador ha podido determinar su necesidad que la elección se lleva a cabo. En efecto, el diálogo competitivo, organiza una discusión sobre la definición de la solución que pueda satisfacer las necesidades del comprador sobre la base de la cual se entrega la oferta (artículo 75 del Decreto de 2016). Mientras que en el procedimiento de licitación con negociación, el poder adjudicador negocia las condiciones del contrato con uno o ambos operadores económicos autorizados a participar en las negociaciones, a partir de la oferta presentada por el candidato (artículo 71 del Decreto de 2016). Así, en el diálogo competitivo, la oferta es entregada por los operadores económicos después de la discusión; en el procedimiento de licitación con negociación, la oferta se entrega antes de la negociación.

En los procedimientos adaptados. Ciertos autores hablan de una sistematización de la negociación en los procedimientos adaptados (De la rosa, 2016, p. 2). Cabe recordar que los compradores pueden recurrir al procedimiento adaptado para los contratos de obras públicas, cuando su valor es inferior a 5.548.000 euros. Por debajo de estos umbrales, el comprador es libre de organizar su procedimiento como lo considere oportuno, de conformidad con los principios constitucionales de libertad de acceso a la contratación pública, de igualdad de trato de los candidatos y de transparencia de los procesos. Las formalidades de publicidad son más flexibles para los compradores, en dicho procedimiento, dispensándoles de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOEU).

Tradicionalmente, el procedimiento adaptado es el terreno privilegiado del recurso a la negociación. Los textos, en particular el artículo 28 del Código de los contratos públicos de 2006 y el artículo 27 del Decreto de 2016, consideran la negociación como consubstancial al proceso adaptado. En este sentido la jurisprudencia, especialmente la decisión *Société Access*, considera que la decisión de recurrir a la negociación en el ámbito del procedimiento adaptado no puede ser útilmente criticado antes del juez (Francia, Consejo de Estado, 2015, 18 de septiembre). Por lo tanto, la contribución de la reforma en los procesos adaptados negociados es más cualitativa que cuantitativa.

Una reforma en gran medida cualitativa, pues la Directiva 2014 durante mucho silenciosa en lo referente a la negociación en los procesos adaptados, trae ahora más detalles. Así bien, fue especificado el derecho por el poder adjudicador de no empezar las negociaciones si se reserva el derecho en el pliego de contratación, la obligación para él no solamente, de informar los candidatos de las modificaciones en los pliegos de contratación, sino también de dejar un tiempo suficiente a las empresas para adaptar sus ofertas, e incluso, la obligación de informar a los participantes de la conclusión de las negociaciones (artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE).

Una reforma menos cuantitativa, ya que los casos de recursos a la negociación en el ámbito del proceso adoptado, apenas han cambiado. En efecto, a excepción de los casos en que se establece un umbral específico, el procedimiento negociado sin publicación previa puede aplicarse en ciertos casos enumerados exhaustivamente en el artículo 30 del Decreto de 2016. En este punto, los casos de recurso a dicho procedimiento no se han incrementado, aunque se elevan a diez (artículo 30 del Decreto de 2016).

En los contratos específicos. La presencia de la negociación también se confirma en ciertos contratos específicos, como el contrato de “*maitrise d’œuvre*” traducido como

contrato de dirección de obra (art. 90 II del Decreto 2016) o el “*marché de partenariat*” traducido como contrato de asociación público – privado (art. 144 y s. del Decreto 2016). El primero se define como contratos de prestaciones intelectuales relacionados con estudios que preceden o acompañan a las obras y/o el paisaje, la construcción, o las operaciones de planificación urbana. El procedimiento de derecho común es el concurso, el cual es por naturaleza inclinado a la negociación. El segundo, anteriormente denominado contratos de asociaciones, y beneficiando de un régimen derogatorio, se reformula ahora en el derecho común mediante la Ordenanza de 2015. Esto último permite confiar, a un operador económico o a un grupo de operadores económicos, una misión global cuyo objeto está circunscrito. Calificable de contrato público, esto último está sujeto a los procedimientos negociados descritos anteriormente.

Para concluir, la reforma de los contratos públicos ha llevado a consagrar o aumentar el lugar de la negociación, en cinco tipos de procedimientos: el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo, para los poderes adjudicadores, el procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa, para las entidades adjudicadoras, el procedimiento negociado sin publicación previa, y el procedimiento con negociación para los contratos específicos.

La flexibilización de los procesos de selección en el derecho colombiano.

En derecho colombiano el lugar de la negociación en la contratación pública se reduce a nada. En la licitación pública, la regla general de selección del contratista no contiene posibilidad de negociación. Los únicos mecanismos que permiten una aclaración entre el comprador y los candidatos, intervienen en el momento de la audiencia pública. En general las reglas de la convocatoria pública tradicionales proscriben cualquier acercamiento con los oferentes por considerarlo un acto de corrupción.

Por una parte de la doctrina, en particular Safar Díaz (2017) si bien la licitación pública se mantiene en el artículo 2.1 de la Ley 1150 como regla general:

lo cierto es que ella frente a la realidad del mercado en la que nos encontramos es ineficiente por el tiempo excesivo que demanda ..., y es tal vez por esta razón por la que se consagran cuatro modalidades adicionales en las que por criterios de cuantía, objeto a naturaleza de los contratos se dan reglas diferentes, permitiendo la restricción del número de participantes y la negociación (p. 219).

Asimismo, tres nuevos procedimientos de selección más flexibles, de los cuales solo uno contiene negociación, fueron introducidos con la expedición de la Ley 1150 de 2007, sabiendo que no todos se aplican a los contratos de obras públicas.

Primero, el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 ha creado la modalidad de selección abreviada, la cual, se adelantará en los casos en que las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía, o la destinación del bien, obra o servicio, permitan un proceso simplificado, garantizando siempre la selección objetiva del contratista. El artículo 2.2 de la normatividad referida lo consagra como un procedimiento de convocatoria pública simplificado que debe aplicarse en los nuevos casos previstos en la Ley. El elemento interesante en esta normatividad fue la posibilidad de restringir el número de participación de oferentes, si la entidad lo dispone en el pliego de condiciones, en caso de recibir más de diez manifestaciones de interés, pues es importante controlar el número de participantes en términos de eficiencia, en la medida en que incentiva la participación y mejora las condiciones de información. No obstante, la misma norma confirmada con el

Decreto 1082 de 2015²⁸, somete la limitación del número de oferentes a un mecanismo aleatorio. Dicho mecanismo es evidentemente ineficiente, según una parte de la doctrina colombiana, en particular Safar Díaz (2009), pues realizar un sorteo para restringir a diez de los interesados el número de oferentes que podrán presentar propuestas, “no solamente podrá causar un desgaste innecesario de recursos administrativos en evaluación de propuestas presentadas por quienes no tengan las calidades necesarias, sino que además puede desincentivar a los proponentes verdaderamente cualificados a presentar” (p. 60). Adicional a esto se puede señalar que el sorteo limita la participación a un máximo de diez, no obstante no necesariamente se presentan los diez, después del sorteo y al momento de presentar propuesta puede que no llegue ningún proponente. Además, si en esta modalidad fue permitido restringir el número de participación de oferentes con un mecanismo de sorteo criticado, la negociación todavía queda excluida.

Segundo, la misma Ley ha creado la modalidad del concurso de méritos, presentando inicialmente la ventaja de añadir una etapa de precalificación. El concurso de méritos, permite la selección de trabajos intelectuales cuya cuantía exceda el umbral mínimo (10%) de acuerdo con el presupuesto de cada entidad pública. Tampoco en este procedimiento existe posibilidad de negociación. Se permite solamente la presentación de propuestas, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o público o de precalificación, que igualmente deberán realizarse mediante convocatoria pública. La particularidad de este mecanismo incluye que la convocatoria por concurso abierto podrá comprender una etapa de precalificación, la cual implica que los proponentes deberán manifestar su interés en participar en esta fase, en ella solamente podrán evaluarse requisitos que habiliten a los oferentes para contratar, y no aquellos que permiten la comparación de propuestas. A priori,

²⁸ Artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015.

este mecanismo es interesante en término de eficiencia, pero el procedimiento falla en la medida en que el precio no puede ser tenido en cuenta como factor para la selección del contratista, especialmente, porque no permite una confrontación dinámica en cuanto al precio o una negociación. Tercero, la contratación directa, última modalidad añadida por la Ley 1150 de 2007, contiene una fase real de negociación. La contratación directa, se llevará a cabo para la escogencia de contratistas en los eventos expresamente señalados en la Ley en casos expresamente establecidos (artículo 2.4 de la Ley 1150). Su procedimiento consiste en la escogencia de un contratista sin acudir a una solicitud pública de ofertas, y adjudicar atendiendo a las condiciones del mercado a partir de la negociación entre el poder adjudicatario y un agente específico del mercado.

La mínima cuantía, a pesar de ser la más reciente incluida con la Ley 1474 de 2011 (artículo 94), retorna al concepto clásico de licitación, es decir efectuar invitación a persona indeterminada para recibir pluralidad de ofertas, sin posibilidad de negociación y, se aplica para los contratos cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad contratante, independientemente de su objeto.

Al final, una parte de la doctrina colombiana hace críticas al régimen actual de selección del contratista. Para Safar Díaz (2017) esta estructura: “ya denota el alto nivel de ineficiencia de la contratación pública en Colombia, pues la diversidad de procedimientos complica demasiado las compras públicas” (p. 218). Para esta autora, existen herramientas que pueden optimizarla para lograr la compra eficiente, las cuales serían, en particular, la negociación.

En tal sentido, el proyecto abortado de Colombia Compra Eficiente de 2016, ha intentado mejorar la flexibilidad de los procesos de selección, en particular, mediante el reconocimiento de la negociación: “si la Entidad Estatal no tiene información suficiente no

puede diseñar un proceso competitivo que realmente optimice los recursos públicos, por lo cual para obtener mayor valor debe poder acercarse a los posibles proveedores, conocer el mercado y negociar con ellos” (Colombia Compra Eficiente, 2016, p. 31).

Después de esbozar los contornos de los procedimientos de selección del contratista con negociación, es necesario estudiar la posible implementación de dichos procedimientos en la legislación colombiana.

3. ¿Implementación posible de procedimientos con negociación en el derecho colombiano?

Los premio Nobel de economía de 2014, Tirole y Saussier, en las Notas del Consejo de Análisis Económica (2015) explican que: “los procedimientos con negociación deben ir acompañadas de una información transparente antes y después de la negociación” (p.1).

Con vista de este postulado, se tratará en esta parte de analizar la posible implementación en Colombia de procesos con negociación, después de haber hecho un inventario del grado de transparencia de la información relacionada con la contratación pública. Se tratará de estudiar sucesivamente el papel del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP-, de la agencia Colombia compra eficiente – CCE- , y de los datos abiertos, en esta búsqueda de transparencia para afrontar el problema de la corrupción.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la legislación colombiana empezó a introducir modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con el fin de hacer más pública y más controlable la actividad contractual pública. En este sentido, para los procesos de contratación pública se ha contemplado el paso del sistema de tipo informativo actual (Portal Único de Contratación) a un sistema transaccional: el SECOP. Este sistema ha permitido el desarrollo del sistema de compras públicas electrónicas en

Colombia, tales como: divulgación de la información precontractual, contractual, postcontractual, la planeación, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la redición en cuenta, las veedurías ciudadanas.

Sin embargo, algunos autores explican que en el SECOP I fue difícil extraer condiciones del mercados en tiempo real, hacer control y seguimiento. Al igual que en el SECOP II, la búsqueda de un contrato específico no resulta ser fácil y amigable (Lozano Villegas, 2017, p. 321).

En la continuidad de lo anterior, se creó mediante el Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública o Colombia Compra Eficiente. El objetivo de dicha entidad se dirige a desarrollar, impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización de los candidatos en los procesos de compras y contratación al fin de lograr una mayor transparencia, eficiencia y optimización de los recursos públicos.

También fue creado el observatorio de transparencia y anticorrupción, el portal de transparencia económica, el sistema único de información de trámites, el Sistema de Información y de Gestión del Empleo – SIGEP-. Todos constituyen sistemas de información para mejorar la transparencia. El primero, el observatorio de transparencia y anticorrupción tiene tres ejes de trabajo: observar, dialogar y educar, en “profundizando en los hallazgos que se han dado en torno a los indicadores de sanciones penales, disciplinarias y fiscales”²⁹, pero este observatorio no tiene un poder de sanción, lo cual puede limitar su acción.

Al mismo tiempo, en Francia se ha creado el Servicio central de prevención contra la corrupción con la Ley “Sapin I” de 1993, servicio que se ha convertido en la Agencia

²⁹ Sitio Observatorio de Transparencia y Anticorrupción. Recuperado en: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/observatorio-de-transparencia-y-anticorrupcion-participo-en-la-mesa-nacional-de-observatorios.aspx>

francesa contra corrupción – AFA- con la Ley “Sapin II” de 2016. En cuanto a sus funciones específicas, se destacan principalmente: la elaboración de recomendaciones para ayudar a las personas jurídicas a prevenir la corrupción, y sobre todo, el poder administrativo de control, por iniciativa propia, el cumplimiento de los mecanismos anticorrupción implantados (en este sentido, tiene el poder de castigar a las empresas en caso de incumplimiento de sus obligaciones, hasta 1 millón de euros para la empresa y 200.000 euros para sus gerentes). Además, su independencia está garantizada por el hecho de que la Agencia está dirigida por un magistrado del orden judicial designado por decreto del presidente durante seis años.

Además, con la Ley 1712 de 2014 fue implementado las herramientas normativas para promover la apertura de datos. Esta Ley ha definido la noción de datos abiertos y desde, el gobierno busca con la iniciativa de datos abiertos, que todas las entidades del sector público publiquen la información pertinente y de calidad en relación con la contratación estatal. No obstante, una parte de la doctrina colombiana deplora que a pesar de todo este progreso para mejorar la transparencia de las compras públicas el aspecto: “sobre el cual falta mayor desarrollo son los datos abiertos, la verdad de la información y la manera de gestionarlos adecuadamente en pro del interés público y social” (Lozano Villegas, 2017, p. 354).

En este sentido, en las nuevas Directivas de 2014, se concede especial atención a los datos abiertos o *open data*. Bajo este término, se incluye la obligación de que los compradores públicos ofrezcan en su perfil de compra, un acceso libre, directo y completo a los datos esenciales de los contratos públicos, para los cuales se iniciarán después el 1 de octubre de 2018, datos que deberán aparecer durante menos cinco años. El artículo 104 del Decreto de 2016, introduce esta obligación para todos los contratos superiores a 25.000 euros (por más o menos 87 500 millones de pesos). Asimismo, la sentencia del Consejo de Estado

de 2017 especifica la lista de los datos esenciales que se publicarán, incluyendo, la fecha de atribución del contrato, el procedimiento utilizado, el objeto del contrato, el lugar de ejecución, la duración y la valor del contrato, el nombre del titular, y los elementos relacionados con la modificación del contrato mediante cláusula adicional (Francia, Consejo de Estado, 2017, 27 de abril).

Sin embargo, si esto puede ser un importante paso adelante en término de transparencia, la doctrina francesa subraya que el *open data* representa un desafío importante para la mayoría de los compradores públicos que deberán organizarse en consecuencia (Maïa, 2016, p. 4). Además, si estos datos deben publicarse en el perfil de compra en un plazo de dos meses después de la notificación del contrato, no se prevé ningunas multas en caso de incumplimiento de este plazo o del contenido de la publicación solicitada. Si en principio una acción en responsabilidad está posible contra la persona pública, tenemos dudas en relación con su resultado y su admisibilidad³⁰.

Por lo tanto, podría preverse en Colombia la implementación obligatoria del mismo sistema de datos abiertos acompañado de sanciones en caso de incumplimiento por parte de la entidad pública. Globalmente, parece que Colombia se ha dado los medios en los últimos años para aumentar la transparencia de la actividad contractual. Esta tendencia es propicia, según los dos premios Nobel de economía Tirole y Saussier, a la implementación de procesos con negociación.

En el sentido estricto de la implementación de los procedimientos con negociación en la contratación pública colombiana, nos parece interesante proponer, al lado de la licitación

³⁰ Confiere : artículo 1 – capítulo 1.1, sobre el alcance de los principios de la contratación Estatal en el control jurisdiccional

pública, un procedimiento formal con una fase de negociación, a semejanza del diálogo competitivo o del procedimiento de licitación con negociación.

Pues, existen ambas ventajas al recurso a los procedimientos con negociación. La compra eficiente se caracteriza por la búsqueda de una adecuación de la oferta del vendedor a las necesidades del comprador público. La negociación permite determinar la oferta con la mejor relación calidad-precio, es decir, la mejor oferta que pudiera formularse en ese momento, en función de sus necesidades y de las capacidades económicas y técnicas de las empresas.

Además, en el mercado actual, se evidencia la complejidad no solamente de los objetos contractuales que diseñan las entidades públicas, sino también del mercado en sí mismo. Así bien, la negociación permite definir y atender las necesidades de la entidad pública. Igualmente, la negociación es un mecanismo interesante para lograr aprovechar del mercado, en particular si se tiene en cuenta que la entidad pública no es la más experta en la relación de intercambio, y no tiene la misma información de detentan los actores económicos. Al final, ella no puede diseñar un proceso competitivo que realmente optimice los recursos públicos. En este sentido, la negociación permite relevar la información suficiente a las entidades públicas, para tomar una decisión racional y eficiente. Sin embargo, la implementación de la negociación debe ir acompañada de una mejor profesionalización de las personas que van a llevar la negociación en la entidad pública, para que la facultad de negociación sea realmente sinónimo de eficiencia, como lo señalan Tirole y Saussier (2015, p. 6). En efecto, la entidad pública puede enfrentarse a la falta de experiencia técnica y al desconocimiento del mercado. En este caso, se sugiere propiciar una tercerización de la función de negociación, mediante por ejemplo un abogado especializado o un experto, para

las pequeñas colectividades que no tienen los recursos para emplear tal persona a tiempo completo.

En este sentido, una parte de la doctrina colombiana, como Safar Díaz, aboga por la introducción de una fase de negociación como regla general en las prácticas contractuales del Estado (2009, p. 67) y (2017, p. 234). Los debates que se produjeron en la adopción de las Directivas 2014, hicieron hincapié en la necesidad de adoptar un procedimiento formal de derecho común con una fase de negociación. Desafortunadamente, esto no ocurrió, la opción elegida, consistía en crear, al lado de la licitación pública (como regla general de los procedimientos formales) y del diálogo competitivo, otros procedimientos que contengan fase de negociación, como hemos visto:

- El procedimiento de licitación con negociación, para los poderes adjudicadores
- El procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa, para las entidades adjudicadoras

Igualmente, por debajo de los umbrales de procedimientos formales, sería interesante proponer procesos de derecho común con negociación. En la actualidad, la única modalidad de selección que contiene negociación es la contratación directa y lo es, en casos limitados por la Ley. No obstante, en la legislación francesa desde 2004, el Código de los contratos públicos ha creado una nueva categoría de compra con procedimiento adaptado³¹, ahora denominado “procedimiento adaptado” en la Ordenanza de 2015, cuando el valor estimado de la necesidad está por debajo de los umbrales europeos. Hemos visto, la negociación constituye la esencia misma de los procedimientos adaptados. Sin embargo, el juez se ha llegado a aclarar en varias ocasiones, en particular en la sentencia *Société Jutgla*, que si el

³¹ Traducido en francés : *Marché à procédure adapté* – MAPA-

comprador dispone de esta facultad, en ninguna manera el recurso a la negociación es obligatorio, a menos de que el comprador haya indicado en el pliego de condiciones (Francia, Tribunal Administrativo de Toulouse, 2010, 2 de marzo). Asimismo para los contratos de obras públicas de un valor inferior a 5.548.000 millones de euros, la persona pública es libre de organizar un procedimiento adaptado con una fase de negociación, en particular, para discutir del precio con los candidatos. Esta facultad, en el mismo sentido que los procedimientos formalizados, permite a la persona pública restablecer la asimetría de información informándose mediante la negociación de las condiciones del mercado.

En inventario de los procedimientos con negociación hecho, se pasará ahora a estudiar la flexibilización de las modalidades de aplicación de los procedimientos que contenga una fase de negociación.

Capítulo II

Flexibilización de las modalidades de selección : un esfuerzo más

Es necesario en esta parte, abordar las modalidades de aplicación de los procedimientos negociados. Sobre la terminología, se nota que el derecho colombiano, en particular desde la Ley 1150 de 2007, cualifica de modalidades, los procedimientos de selección del contratista. Desde nuestro punto de vista, el término modalidad, se referirá estrictamente al estudio de la aplicación de los procedimientos de selección. A pesar de la introducción de procedimiento con negociación, como hemos visto, y de la reducción del formalismo que rodea la contratación, como lo veremos, se tratará de demostrar que la aplicación práctica de los procedimientos con negociación sigue siendo muy formal, y requiere una flexibilización adicional.

1. Reducción del formalismo rodea la contratación pública

El derecho colombiano, como francés, ha tratado de reducir el formalismo que rodea la celebración de los contratos de obras públicas. Esta voluntad de reducción del formalismo, se reflejó principalmente en la legislación francesa, bajo la influencia de la Unión Europea, con la adopción de la Ordenanza de 2015 y su Decreto de aplicación, y esto de diferentes maneras.

Por un lado, por la obligación de desmaterialización de extremo a extremo antes el 1 de octubre de 2017 para las centrales de compras y el 1 de octubre de 2018 para los otros poderes adjudicadores (artículo 40 a 42 de la Ordenanza). En principio, la desmaterialización se aplicaba solamente a ciertas etapas y documentos de la contratación pública. A la larga, la desmaterialización cubrirá la iniciación del proyecto, su adjudicación, su ejecución, hasta la conservación de los documentos y la memorización de los elementos técnicos del proyecto.

La desmaterialización presenta ambas ventajas; reforzar la competencia, aumentar la tramitación de los procedimientos en interno, la reducción de papel, la disminución del costo de impresión, la conservación de los documentos de manera centralizada, la accesibilidad rápida a los documentos con posibilidad de copia para trabajar. La contratación pública electrónica puede ser una herramienta eficaz para mejorar la transparencia, la rendición de cuentas, y la eficiencia de la función de las compras públicas. Por último, la simplificación y / o eliminación de tareas repetitivas en los procesos de adquisición, debido a la automatización, puede resultar en ahorros considerables de costos y de tiempo.

Sin embargo, ciertos autores notan que la desmaterialización de los procesos de formación del contrato, no es inmune a las dificultades técnicas o errores humanos. Un ejemplo con la transmisión en formato imagen de los documentos originales que componen la

oferta firmada electrónicamente. El análisis de los documentos en formato imagen puede resultar a veces costoso, en revisión, y aumenta el tiempo del examen de las ofertas. En práctica, las entidades públicas requieren en el pliego de la consultación, la copia de las ofertas en formato compatible de tipo RTF (texto) XLS (Excel) DWG (plan) HTML (texto). Pero, todavía eso presenta la desventaja en la práctica, de obligar a las entidades a verificar la conformidad de la copia con el original firmado electrónicamente (Georges & Adda, 2016, p. 3). La solución puede encontrarse, al no exigir la presentación firmada de las candidaturas y de las ofertas antes de la adjudicación, facilitando de esta manera, la presentación de las versiones explotables y la presentación de las ofertas en general³². Esta revolución procesal fue consagrada implícitamente por la nueva reforma de los contratos públicos, en el artículo 64 del Decreto, explicando que sea posible de aclarar el mercado antes de que se firme.

Además, parece primordial, de manera general, que los sistemas de desmaterialización permiten reactividad, seguridad y confidencialidad para que la ventaja de la desmaterialización no se convierta en riesgo. Por esta razón, los servicios técnicos de la entidad deben responder con reactividad en los perfiles de comprador, en particular a las solicitudes de aclaración de los candidatos, y hacerlo asegurando la seguridad del sistema mediante una buena gestión de los accesos de respaldo y una marca de tiempo de confianza. La ventaja de la marca del tiempo es que garantiza la existencia de un documento en una fecha determinada y que este archivo no ha sido modificado desde esa fecha.

En este sentido, el reporte de la OCDE (2017, p. 152) revela que durante los últimos 10 años, la mayoría de los países de América Latina han hecho progresos considerables en la introducción de tecnologías de información y comunicación en sus mecanismos de compras

³² En este sentido: respuesta ministerial n° 21405, JO Sénat, 16 de junio de 2016, p. 2691, y Sitio de la Direction des Affaires Juridique. (2016). Nota explicativa del acto de compromiso. Recuperado de: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/formulaires/ATTRI/notices_attri/notice-attri1-2016.pdf

públicas. En 2015, Colombia presentaba un sistema de contratación electrónica parcialmente abierto (esquema, OCDE, 2017, p. 153):

9.7. Funcionalidades previstas en los sistemas de contratación electrónica, 2015

	Obligatorio y provisto	Provisto pero no obligatorio	No provisto
Anuncio de oportunidades	ATG, ARG, BRA, CHL, COL, CRI, DOM, ECU, GTM, HTI, HND, JAM, MEX, NIC, PAN, PRY, PER, SLV, URY		
Presentación electrónica de ofertas (excluyendo vía correo electrónico)	BRA, CHL, CRI, ECU, GTM, JAM, MEX, PAN, PER, SLV	DOM, URY	ATG, ARG, COL, HTI, HND, NIC, PRY
Subastas electrónicas (en licitaciones electrónicas)	BRA, CHL, CRI, DOM, ECU, MEX, PAN, PER, PRY	URY	ATG, ARG, COL, GTM, HTI, HND, JAM, NIC, SLV
Notificación de adjudicación	ATG, ARG, BRA, CHL, CRI, DOM, ECU, GTM, JAM, MEX, NIC, PAN, PER, SLV		COL, HTI, HND, PRY, URY
Presentación electrónica de facturas (excluyendo vía correo electrónico)	ATG, BRA, JAM	ARG, DOM, PAN	CHL, COL, CRI, ECU, GTM, HTI, HND, MEX, NIC, PRY, PER, SLV, URY
Gestión posterior (expost) de contratos	DOM, PER	ATG, HND	ARG, BRA, CHL, COL, CRI, ECU, GRM, HTI, JAM, MEX, NIC, PRY, SLV, URY

Bahamas, Belice y Dominica no cuentan con un Sistema electrónico de adquisiciones.
Fuente: OCDE - BID (2015) Encuesta sobre Contratación Pública

En solamente 3 años, desde la expedición de la Ley 1712 de 2014, del Decreto 1082 de 2015, y de la Circular Externa 21 de 2017, el legislador colombiano ha aumentado considerablemente, el recurso a la contratación electrónica, aunque sea interesante, como se explicó anteriormente, de imponer una obligación de desmaterialización de todos los actos de la contratación pública, para maximizar el objetivo de transparencia.

Por otro lado, la reducción del formalismo también significa reducir los documentos requeridos por los candidatos. Esta afirmación abarca varias realidades, que se reflejan en varios mecanismos nuevos en la Ordenanza de 2015, impidiendo que se impongan requisitos abusivos a los candidatos.

Primero, al exigir a los candidatos solamente una declaración de honor, en lugar de una multitud de documentos y certificados para justificar de sus capacidades y sus habilidades para participar al procedimiento. Esta declaración de honor se materializa por el Documento Único del Mercado Europeo – DUME- introducido con las Directivas de 2014. Se trata de un documento de auto declaración que permite a los operadores candidatos atestar, no solamente que no se encuentran en una de las situaciones por las que pudieran ser

excluidos, sino también que cumplen los criterios de exclusión (artículo 46 del Decreto de 2016). La gran novedad resultante de la implementación del DUME se encuentra en la disociación entre la selección de los candidatos mediante las informaciones transmitidas, de la verificación de esta misma información. Esta verificación podrá intervenir en el último momento, después la selección de las candidaturas, e incluso después la clasificación de las ofertas (confirmando la posibilidad de regularizar las candidaturas³³ o las ofertas³⁴ pero únicamente en la licitación pública a condición de que la oferta no sea anormalmente baja).

Segundo, el artículo 50 del Decreto, establece una lista única de documento e información que la entidad pública puede requerir a las candidatos (orden ministerial del 29 de marzo de 2016). Por fin, la regla de “dinos una vez” se repitió en el artículo 53 del Decreto, la cual explica que por un lado, los candidatos no están obligados a transmitir documentos disponibles electrónicamente, por otro lado, el comprador puede estipular que los candidatos no están obligados a transmitir documentos que ya han sido enviados al comprador.

En la contratación pública colombiana existe un sistema parecido, que permite poner a disposición un perfil de antecedentes, experiencia y demás requisitos habilitantes que hagan parte del procedimiento de selección de manera que la entidad pública no debe requerirlos nuevamente. Se nota que desde la Ley 80 de 1993, el legislador colombiano tiene por objetivo reducir el formalismo rodeando la formación de los contratos de obras públicas. Así que desde la Ley 80 de 1993, el legislador disminuyó las formalidades y quiso simplificar las modalidades y su saneamiento (lo que aparece en los artículos 44 a 49). Dentro de este

³³ Decreto n° 2016-360, 25 de marzo de 2016, art. 55

³⁴ Decreto n° 2016-360, 25 de marzo de 2016, art. 59

mismo orden de ideas, la simplificación de trámite aparece en el artículo 25, numeral 8°, de la Ley citada con respecto a la escogencia del contratista de la entidad pública.

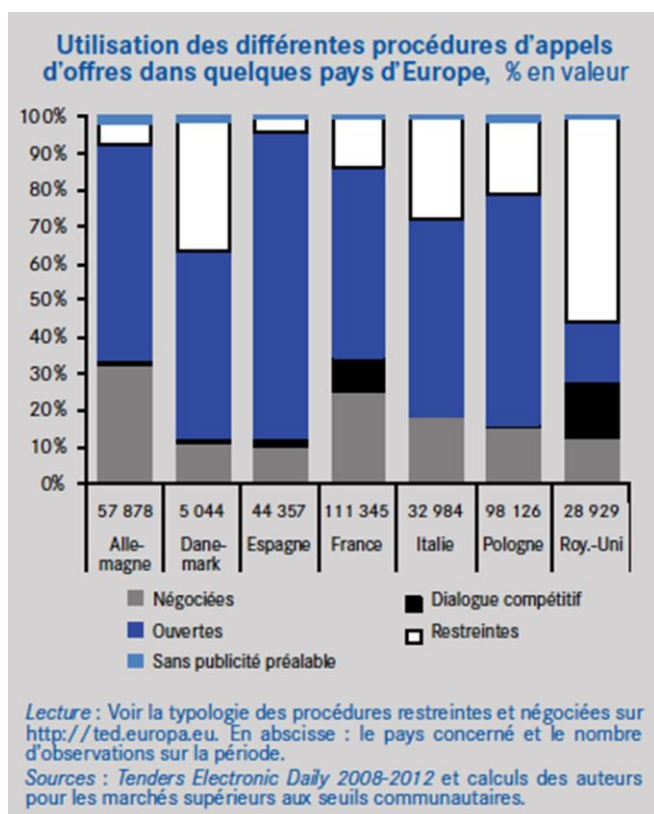
A pesar de la reducción del formalismo que rodea la selección del contratista, las modalidades de aplicación de la negociación, si posibilidad de negociación hay, sigue siendo, por así decirlo, todavía muy enmarcado y formal.

2. Modalidades de recurso a la negociación en los procedimientos: demasiado formal

El análisis de las modalidades de aplicación de los procedimientos negociados, revela que en la legislación colombiana, el uso de la negociación, a pesar de las ventajas antes mencionadas, sigue siendo todavía formal, y pues difícil y riesgoso de poner en práctica para los compradores públicos.

En el derecho colombiano, hemos visto, no existe procedimiento formal con una fase de negociación. Por debajo de los umbrales de licitación pública, solo la contratación directa abre restrictivamente el camino a la negociación. Reiteramos la propuesta de implementar no solamente un procedimiento de licitación con negociación, sino también un procedimiento negociado de derecho común por debajo de los umbrales de licitación.

En derecho francés, si las últimas reformas estuvieron marcadas por la implementación de nuevos procesos negociados por encima de los umbrales europeos, y por debajo, del refuerzo del uso de la negociación como modalidad de derecho común, es necesario señalar que las modalidades de aplicación de la negociación se controlan estrictamente y matan, por así decirlo, la utilidad de la negociación y de la flexibilización del trámite de selección en general.



A primera vista, cabe señalar que el uso de los procedimientos con negociación (en gris) en Europea son escasamente utilizadas, contrariamente a la licitación pública abierta (en azul). Esto puede explicarse, en particular por su reciente implementación en los países miembros, necesitando un tiempo para que los compradores se familiaricen con ellos.

Pero esto se debió principalmente al riesgo de colusión y de corrupción que lleva a las entidades públicas a recurrir a los procesos

de licitación de derecho común (Tirole & Saussier, 2015, p. 5).

En Francia, a pesar de que cada vez más se reconoce la negociación, su lugar sigue confinado, mientras que se supone más flexible y sencillo que la licitación. En efecto, en Francia, ciertos autores ponen en la luz, el carácter derogatorio de la negociación en los procedimientos formalizados (De la Rosa, 2016, p. 4 y Olivier & Liet-Veaux, 2016, p. 1). Ambos elementos argumentan en este sentido sobre el carácter derogatorio de la negociación, tanto por los procedimientos formales como adaptados.

Primero, en los procedimientos por encima de los umbrales europeos, el artículo 66 del Decreto de 2016 dispone que: “el procedimiento por el cual el comprador elige la oferta económicamente más ventajosa, sin negociación, sobre la base de criterios objetivos previamente comunicados a los candidatos”. Entonces, la licitación pública sigue siendo el procedimiento formal de derecho común, sin negociación, poniendo en la luz el carácter aún

más derogado de la negociación. Además, los textos confinan el uso de los procesos con negociación. Como hemos visto, la entidad pública puede recurrir al diálogo competitivo o a procesos de licitación con negociación en solo seis hipótesis especificadas. Al alejarse del estudio, estrictamente hablando de los contratos de obras públicas, hay que reconocer que la posición de la negociación parece haberse atenuado en la celebración de los contratos de concesiones, pasando de una obligación a una facultad para los compradores (artículo 46 de la Ordenanza de 2016 sobre los contratos de concesiones).

En el mismo sentido, todavía por encima de los umbrales europeos, las modalidades de aplicación, así como el objeto de la negociación están estrictamente delimitados. Los artículos 71 y 73 del Decreto de 2016 sobre el procedimiento de licitación con negociación especifican que no se pueden negociar los requisitos mínimos que han de cumplir las ofertas, tampoco los criterios de adjudicación. Los artículos 75 a 77 del mismo Decreto sobre el diálogo competitivo, ponen un límite más temporal que material, imponiéndolo después de la presentación de las ofertas finales que solo se puedan solicitar: “precisiones, clarificación, mejoras o adiciones a los candidatos”.

Más allá del acantonamiento textual, se operan varios controles del recurso a la negociación: el control del prefecto y el control del juez. Sobre el control de legalidad, en aplicación del artículo R 2131-5 del Código General de las colectividades territoriales – CGCT- la negociación está sujeta a un primer control formal de legalidad. El prefecto, controlando, en particular, el pliego de condiciones. El juez por su parte, ha desarrollado una jurisprudencia larga tanto sobre las condiciones formales como sustanciales de la negociación en los procesos formalizados. Con el fin de verificar, en particular, si las negociaciones se han desarrollado en el cumplimiento del principio de igualdad de trato de los candidatos (Consejo de Estado, *Société Axxess*, 2015, 18 de septiembre); si el poder

adjudicador ha cumplido las obligaciones a las que se ha sometido en el pliego de condiciones (Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella, 2016, 9 de mayo); si los diferentes candidatos tuvieron acceso a los mismos elementos de negociación y si el mérito de cada oferta se evaluó con arreglo a los criterios anunciados (Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella, 2016, 1 de febrero).

Segundo, en los procesos por debajo de los umbrales europeos, tanto el procedimiento como el objeto de la negociación están estrictamente definidos. Sobre el desarrollo de los procesos con negociación, los textos subrayan que la información relativa a la organización de una negociación debe intervenir desde el comienzo del proceso en el pliego de condiciones (artículo 27 del Decreto de 2016). El juez precisa que la entidad debe indicar en la convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones, su intención de recurrir o la posibilidad de recurrir a la negociación. En su defecto, durante el procedimiento no es posible recurrir a la negociación (Consejo de Estado, *Société Axxess*, sus mencionado).

Las Directivas de 2014, están silenciosas con respecto al marco de aplicación de la negociación en los procesos adoptados. Pero la Guía de las buenas prácticas en los contratos públicos (2014, p. 61) explica que si la entidad desea limitar el número de candidatos admitidos a negociar, debe indicar los criterios de selección de los candidatos y el número de candidatos afectados. Igualmente, las normas están silenciosas con respecto al objeto de la negociación en los procesos adaptados, sin embargo, según la DAJ, esta se ocupa exclusivamente del precio, o de los elementos técnicos, administrativos y financieros relacionados a las ofertas presentadas (2016, p. 16). Así, aunque no encontramos limitaciones al objeto de la negociación en los textos europeos y franceses, son los servicios jurídicos del Estado que han adoptado, mediante guía y consejo, directrices en la utilización de la negociación.

El juez, ha impuesto limitaciones para confinar las modalidades de aplicación de la negociación. En este sentido, ambas sentencias explican que la negociación del precio no puede dar lugar a la celebración de una oferta anormalmente baja. Además, la sentencia *Presidente del Senado*, del Consejo de Estado de 2011, impone que la negociación no pueda llevar al comprador a renunciar a uno de los criterios establecidos en el pliego de condiciones (Francia, Consejo de Estado, 2011, 27 de abril).

Más allá, del control de las modalidades y del objeto de la negociación en los procesos formalizados como adaptados, el juez extendió gradualmente su control, sobre las declaraciones de desierto, abriendo el acceso a la negociación. Habitualmente, el juez ejerció un control limitado reducido a la errores manifiestos de apreciación. Sin embargo, llegó a sancionar las prácticas que conduzcan a declarar infructuosa la licitación pública para usar la negociación. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha fallado que el costo estimado de las prestaciones resultaba surrealista y que, entonces, la declaración de desierto que condujo a empezar una negociación fue irregular (Francia, Consejo de Estado, 1997, 29 de diciembre).

En el mismo sentido, el juez ha considerado que una oferta de 46 % superior al valor enunciado en el proceso de licitación, no podría válidamente, con respecto a las imprecisiones y a los errores de análisis del pliego de condiciones, fundar una declaración de desierto y, en consecuencia, abrir la posibilidad de una negociación (Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Bordeo, 2008, 6 de noviembre).

En el mismo sentido, el riesgo penal para los compradores públicos, también representa un obstáculo a la negociación. Al respecto, Arrowsmith explica que cuando el miedo de cometer una ilegalidad se ha vuelto tan fuerte, los compradores tienden a centrarse en el respeto de la regla y, tal vez a expensas de la racionalidad económica (2000, p. 76). A este respecto, el derecho colombiano como francés, han establecido un dispositivo normativo

complejo y disuasivo, lo que puede alentar a las entidades públicas a utilizar la licitación pública en lugar de recurrir a los procesos con negociación.

En el derecho francés, es solamente con la reunión de tres elementos – legal, material, intencional – que la violación de las reglas de la contratación pública puede llevar a una condena penal. Sobre el elemento legal, seis infracciones, calificadas como incumplimientos al deber de probidad, pueden ser objeto de diligencias penales. Los dos principales delitos que pueden cometerse, son el delito de favoritismo³⁵ y el delito de conflictos de interés³⁶, seguida del soborno³⁷, de la corrupción pasiva y, del tráfico de influencia³⁸. En cuanto al elemento material, el juez ha sancionado las prácticas llegando a otorgar al candidato ventajas injustificadas. Esta práctica viola el principio de igualdad de trato de los candidatos, como se lee en la sentencia siguiente en la cual, la concesión de información a un solo candidato durante una fase de negociación o de un diálogo competitivo, representa un delito de favoritismo (Francia, Corte de Casación, Sala criminal, 2016, 8 de marzo). Sobre el delito de conflicto de interés, el juez condenó un representante electo que otorgó un contrato a una empresa con la que mantenía vínculos comerciales (Francia, Corte de Casación, Sala criminal, 2002, 27 de noviembre). Igualmente, en el espíritu de la nueva reforma de los contratos públicos, el Consejo de Estado adoptó una posición estricta, anulando un

³⁵ Article L 432-14 du Code pénal- définit comme l’attribution ou la tentative d’attribution d’un avantage injustifié par une personne publique. Puni de 2 ans d’emprisonnement de de 200 000€ d’amende.

³⁶ Article L 432-12 du Code pénal - consiste dans le fait par une personne publique de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l’acte, en tout ou partie, la charge d’assurer la surveillance, l’administration, la liquidation ou le paiement. Egalement au terme de l’article L 432-13 du CP - toute personne ayant participé à la procédure d’attribution ne peut prendre un intérêt dans l’entreprise attributaire dans les 3 ans suivant l’attribution du marché.

³⁷ Article L 432 -10 du Code pénal - consiste dans le fait, par une personne publique, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu’elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû.

³⁸ Article L 432 – 11 du Code pénal - désigne le fait par une telle personne d’agréer ou de solliciter pour elle-même ou pour autrui à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte ou pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir un marché

procedimiento, al nombre de la violación del principio de imparcialidad, en la que el director de la obra fue un antiguo empleado de la sociedad adjudicataria (Francia, Consejo de Estado, *Applicam*, 2015, 14 de octubre). En cuanto a los delitos de soborno, de corrupción pasiva y de tráfico de influencia, el elemento material es parecido: por ejemplo el representante electo recibe una ventaja, financiera o no, contra la adjudicación de un contrato. En este sentido, el juez condenó un representante por la adjudicación de un contrato de obra pública contra el pago de dinero con el fin de pagar su vacación en Polonia (Francia, Corte de casación, Sala criminal, 2011, 16 de mayo). Finalmente, por el elemento intencional, el juez aprecia de manera larga para que sea fácil considerar que el autor del elemento material tuvo la intención de cometer un delito. El conjunto de esas reglas parecen ser disuasivas, pues según el Observatorio SMAL del riesgo de la vida territorial en 2015, solo 0,01 % de los representantes fueron condenados por tales actos entre 2008 y 2014.

Si Francia optó por la aproximación descriptiva de la norma fijando las situaciones de conflictos de interés de forma general, “Colombia optó por la aproximación prescriptiva que establece inhabilidades e incompatibilidades para participar en el sistema de Compra pública” (Colombia Compra Eficiente, 2016, p. 15). En la contratación pública colombiana se establece un sistema de inhabilidades e incompatibilidades completo y complejo, regulado en la Ley 80 de 1993 (art. 8) así como en la Ley 1150 de 2007 (art. 18), en el cual, la persona pública debe verificar que los candidatos no responden a los casos de inhabilidades o incompatibilidades allí descritos. Teniendo en cuenta que la inobservancia a este régimen es causal de nulidad del contrato celebrado. Así, este sistema impone a la administración, la verificación de numerosos elementos, dando al sistema de compra pública un carácter formal y pesado.

La pregunta es saber si podemos establecer una relación con la cualificación amplia del conflicto de interés (inducido por numerosos casos de incompatibilidades e inhabilidades) y el recurso casi sistemático a la licitación pública. En efecto, debido al riesgo de error para los compradores, se desvían más fácilmente del objetivo de racionalidad económica en la adjudicación de los contratos de obras públicas, alejándolos de una oportunidad de negociación, aunque aún no admitida en una regla de pleno derecho. Parece que podemos responder positivamente, pues el proyecto de Colombia Compra Eficiente tenía la intención de reducir los casos de incompatibilidades e inhabilidades, a fin de aliviar el sistema de contratación pública (2016, p. 15).

De manera general, mientras que el artículo 1104 del Código Civil francés prevé una disposición de orden público que estipula que: “los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe”, al contrario, el derecho de la contratación pública no establece un principio general de negociación, sino que favorece los reconocimientos puntuales de la negociación, adaptados a las necesidades de la persona pública.

De este modo, tanto en los procedimientos formalizados como en los adaptados, los textos y el juez han delimitado las modalidades de aplicación de la negociación. Es porque, la propuesta es de ir más lejos del derecho positivo actual y consagrar en los dos ordenes jurídicos, un procedimiento formalizado de derecho común con una fase de negociación. En este sentido, una parte de la doctrina francesa, en particular Ubaud-Bergeron, sostiene que la negociación es una condición a la eficacia y a la optimización de la compra pública. Ella aboga por una autorización sistemática de las formas enmarcadas de negociación y realizar el procedimiento de licitación con negociación como un proceso de derecho común, al igual que la licitación pública (2014, p. 5). Propuesta igualmente sostenida por una parte de la doctrina colombiana, en particular, Safar Díaz (2009, p. 67) y (2017, p. 234). La ventaja de proponer

un proceso de licitación con una fase de negociación es paliar una parte del riesgo penal, inhibiendo a veces el recurso a la negociación, porque ello sería el procedimiento de derecho común.

3. Recurso a la negociación en las técnicas de compras públicas

En esta parte, el estudio del lugar de la negociación se extiende a los contratos de suministros y de servicios más allá de los contratos de obras públicas, pues estos dan un buen ejemplo del desarrollo de la negociación en las técnicas de compra pública. En efecto, en la perspectiva de flexibilizar el trámite de selección y lograr el objetivo de eficiencia económica, la idea fue de crear técnicas de compras desmaterializadas que contenga una fase de negociación para satisfacer las compras recurrentes.

El derecho colombiano, desde 2007, cuenta con nuevas técnicas, más flexibles que la licitación pública que contienen una parte de negociación. Antes de desarrollar sus estudios, es necesario señalar que la contratación pública colombiana no distingue los procedimientos de selección, de las técnicas de compra. Eso conduce a la complejidad y a la ilegibilidad del derecho que se aplica a los contratos Estatales, pues por un procedimiento determinado, diferentes técnicas de compras están autorizadas dependiendo del objeto del contrato. Esta asimilación entre procedimiento y técnica de compra, acoplado a la dispersión de las normas aplicables a los contratos públicos, hace muy difícil la identificación de la ley aplicable en esta área.

Con respecto a las técnicas de compra estrictamente hablando, el comprador colombiano puede recurrir principalmente a la subasta inversa y a los acuerdos marco de precios.

Los acuerdos Marco de Precios, aparecieron en el derecho colombiano con la Ley 1150 de 2007, como un contrato que podía utilizarse solamente en el procedimiento de selección abreviada, y caracterizado como contrato que permite fijar las condiciones de oferta para la adquisición o el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

Sin embargo, la definición jurídica de los acuerdos marco de precios, no corresponde a la definición económica, la que los considera como instrumentos de agregación de la demanda, para que el Estado coordine, optimice el valor de las compras de bienes, obras o servicios de las Entidades Estatales.

La definición de los acuerdos marco de precios ha cambiado con la expedición del Decreto 1510 de 2013, definido como “contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este” (definición recogida en el Decreto 1082 de 2015), razón por la cual, finalmente, los acuerdos marco de precios, son más una estrategia de adquisiciones, una herramienta de agregación de la demanda, que un contrato público. Sus objetivos, puestos de relieve por Colombia Compra Eficiente, “son de (i) producir economías de escala; (ii) incrementar el poder de negociación del Estado; y (iii) compartir costos y conocimiento entre las diferentes agencias o departamentos del Estado” (Guía para entender los Acuerdos Marcos de Precios, Colombia compra eficiente). Esta herramienta presenta la ventaja de contener una posibilidad de negociación para las entidades Estatales, en el procedimiento de la licitación pública, procedimiento que ha rechazado clásicamente las posibilidades de negociación. Su utilización se limita a la adquisición de servicios y bienes de

características uniformes, durante 2 años. El desarrollo de los acuerdos marco de precios en Colombia demuestra la voluntad de flexibilizar los procedimientos de selección del contratista, ¿por qué entonces limitarlos a la licitación pública? en lugar de ofrecerlos en todas los otros procedimientos de selección.

La subasta inversa es una herramienta óptima que genera competencia resultante en revelación de información que conduce a la mejor relación costo beneficio para la entidad Estatal. Ella puede utilizarse en los procedimientos de la licitación pública o de la selección abreviada. En la licitación pública, la presentación de oferta de manera dinámica mediante subasta inversa prevista en el artículo 38 del Decreto 1510 de 2013, se puede aplicar para cualquier tipo de contrato. Mientras que en Francia este mecanismo, veremos, se utiliza solamente para los contratos de suministro de valor superior al umbral europeo. El sistema de subasta inversa en la licitación pública, debe realizarse con los oferentes habilitados, en la fecha y hora prevista en los pliegos de condiciones. Es un mecanismo opcional, que garantiza la selección del contratista que tenga la posibilidad real de ofrecer lo que demanda la administración. En la selección abreviada, la subasta inversa puede aplicarse para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes a condición que la entidad Estatal indique en los pliegos de condiciones: fecha y hora de inicio de la subasta, periodicidad de los lances y margen mínimo para mejorar la oferta durante la subasta inversa (artículo 41 del Decreto 1510 de 2013). Lo que podría ser interesante es incorporar una subasta inversa electrónica para aprovechar todas las ventajas de la desmaterialización en esta técnica de compra, como la rapidez, la racionalización del análisis de las ofertas, etc.

Del lado del derecho europeo, es necesario precisar que los procedimientos de selección se contrastan de las técnicas e instrumentos de compras, las cuales son: (i) acuerdo marco; (ii) sistemas dinámicos de adquisición; (iii) subastas electrónicas; (iv) catálogos

electrónicos; (v) actividades de compra centralizada y centrales de compra; (vi) compra conjunta esporádica; y (vii) contratación con participación de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros. Todos, transcritos en un capítulo completo en derecho positivo francés (Decreto de 2016, capítulo VI).

Centrémonos en el estudio de ciertas técnicas de compras francesas. Anteriormente, el derecho francés desde el Decreto de 1999 ha introducido la técnica de compra del “marché à bon de commande”³⁹ para satisfacer las compras recurrentes. Ahora, bajo la influencia del derecho europeo, los órdenes de compras son solo una variedad de los acuerdos de marco, definidos en el artículo 5 de la Ordenanza de 2015, como un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer las reglas relativas a las órdenes de compra a emitir ó, los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. Cuando los acuerdos de marco fijan todos los términos, se denominan acuerdo de orden de compra, mientras que cuando no fijan todos los términos, es un “mercado subsiguiente”. Sobre el acuerdo de orden de compra, la persona pública determina las especificaciones, la consistencia, el precio de las prestaciones y el mínimo o el máximo en valor y cantidad. Una vez el acuerdo definido, para una duración máxima de 4 años, las órdenes de compras son emitidos. Los mercados pueden ser concluidos con ambos adjudicadores, en este caso, sin nueva convocatoria de licitación de los adjudicadores al momento de la compra (artículo 78 del Decreto de 2016). Este mecanismo, permite a la persona pública satisfacer sus compras recurrentes con rapidez al fin de centrarse en las tareas más estratégicas.

³⁹ Traducido literalmente como “mercado de orden de compra”.

Ahora, desde la expedición de la Directiva 2004/18 fueron creadas técnicas de compras desmaterializadas como el sistema dinámico de adquisición y la subasta inversa electrónica. Anteriormente conocidas como procedimiento, ahora están catalogadas como técnicas de compras en la Ordenanza de 2015.

En el sistema dinámico de adquisición, como por los acuerdos de marco, este sistema se basa en un contrato previo y puede aplicarse en todos los procedimientos. Pero este mecanismo es diferente, no solo porque el sistema es totalmente electrónico, sino también porque los candidatos pueden manifestarse durante todas las etapas del sistema. El artículo 81 del Decreto de 2016, lo define como un proceso totalmente electrónico, para las compras corrientes, abierto durante todo el período de vigencia del sistema de adquisición a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección.

El sistema de subasta inversa electrónica, consiste en organizar subastas en plataformas electrónicas con el fin de bajar los precios o cualquier otro criterio de precio cuantificable. Este sistema solo puede aplicarse por los contratos de suministros que superen los umbrales europeos, condición sin embargo, no prevista en la Directiva. La ventaja de la subasta inversa electrónica es organizar una competencia por el precio, sin elegir la oferta más baja. En efecto, la subasta tendrá lugar tras una primera selección de los candidatos y una evaluación completa de las ofertas, lo que permitirá proceder a sus clasificaciones mediante métodos de evaluación automatizados. Lo que permite posteriormente, en derogación del principio de intangibilidad de las ofertas, someter los candidatos a la competencia, mediante internet.

Elemento de duda desde la reforma de 2015 sobre el concurso de méritos, ahora calificado como técnica de compra mientras que anteriormente calificado de procedimiento. Algunos miembros de la doctrina francesa explican que implícitamente el concurso seguirá

siendo el procedimiento de derecho común para la selección de los candidatos de los contratos de dirección de obra, definido en el artículo 90 del Decreto de 2016.

Esta distinción entre procedimiento y técnica de compra tiene la gran ventaja de contribuir a la compra eficiente e innovadora. Contrariamente a los procedimientos clásicos de selección del contratista, ciertas compras de productos estándares y recurrentes, no presentan ninguna dificultad, aunque es necesario que la entidad siga en contacto con el mercado muy estable. Estas técnicas consagradas en un capítulo especial, están adaptadas a las compras recurrentes, correspondientes a una necesidad específica y, beneficiando plenamente de las facilidades de la desmaterialización y de los canales electrónicos.

Para concluir, sí se han creado en los textos, nuevos procedimientos y técnicas de compras, más flexible con negociación y desmaterializados, sus modalidades de aplicación no siempre son sinónimo de simplicidad para los compradores públicos. Por esta razón, mi posición aboga por la adopción de un procedimiento de derecho común con una fase de negociación, que permita a la entidad pública no solamente definir mejor sus necesidades, de conocer mejor las especificidades del mercado, sino también ganar en recursos públicos en el análisis de las ofertas.

Sin embargo, ¿la flexibilización de los procesos de selección, ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos públicos, realmente significa eficiencia económica en la ejecución de los contratos?

Capítulo III

Flexibilización del trámite de selección: ¿real eficiencia económica en la ejecución?

En esta parte, se tratará de analizar económicamente la ejecución de los contratos de obras públicas, en particular en respecto a la buena gestión de los recursos públicos, con el fin de aclarar que no siempre existe una correlación entre la celebración flexible con negociación de los contratos y la ejecución eficiente de estos. Nuestra reflexión nos llevará a proponer no solo una contratación flexible como hemos visto, sino también y sobre todo, una contratación que permita la adopción de un acuerdo flexible en la ejecución del contrato. En otras palabras, el desafío es promover las adaptaciones beneficiosas, a la vez que luchar contra las renegociaciones oportunistas.

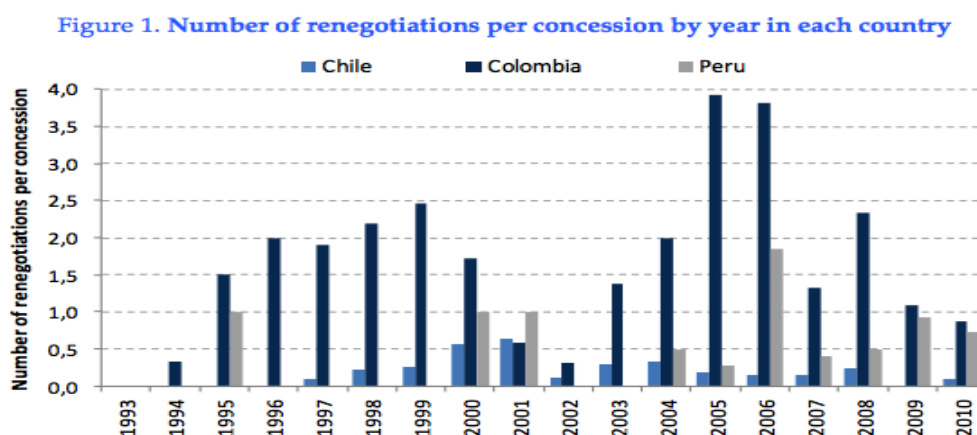
1. Ejemplo contratos de obras con negociación y deficientes en ejecución

Los economistas Tirole y Saussier, ganadores del premio Nobel de economía en 2014, explican que una parte importante de los contratos públicos con socios privados, se renegocian posteriormente (2015, p. 4). A partir de esta observación, el siguiente análisis muestra que a veces la negociación, la flexibilización de los procesos de selección, no impide las renegociaciones a petición del adjudicador, y esto, en contra la buena gestión de los recursos públicos.

Esta práctica es particularmente frecuente en los contratos de concesión, donde la tasa de renegociación varía entre 40% y 92% dependiendo de los sectores estudiados (Estache & Saussier, 2014, pp. 8-13). Estas renegociaciones favorecen los comportamientos oportunistas, como se vio en las subastas agresivas en las que los candidatos voluntariamente hacen una

oferta baja, anticipando el hecho de que renegociarán el contrato durante la ejecución. Como resultado, los procedimientos formalizados competitivos con o sin negociación, no conducen necesariamente a la selección del mejor candidato, “sino el que tiene la mayor confianza en su poder de renegociación” (Athias & Nuñez, 2008, pp. 8-13). Para algunos otros (Guasch, 2004) la renegociación oportunista elimina los beneficios de los procedimientos de adjudicación competitivos que implican una fase de negociación, en este caso, concerniente un estudio de más de 1000 contratos de concesiones de infraestructura en América Latina.

Esta práctica también es denunciada por algunos estudios colombianos, en los que se denota la importancia del fenómeno en particular en el campo de las concesiones viales (Leudo Paz & Blanco Alvarado, 2015) o en los contratos de concesión de transporte (Segura Rivera & Hernández Camelo, 2017). En general, según OCDE development center, en un reporte de abril 2013 denominado “opening the black box of contract renegotiations: an analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru”, explica que en general antes 2010, de todas las concesiones evaluadas en Colombia, se han realizado un total de 430 cambios en los contratos, representando un costo fiscal de USD 5.6 billones y 131 años adicionales (OCDE, 2013, p. 23), como lo demuestra el gráfico siguiente:



Source: Authors' calculations based on MOP (Chile), INCO (Colombia) and OSITRAN (Peru).

Más allá de las concesiones, el mismo fenómeno se encuentra en las compras públicas de obra. Por ejemplo, las obras de la calle 26 en Bogotá, el periódico El Espectador (2013) afirma que más de 100 millones de dólares se perdieron en el contrato de la 26. Además, El Tiempo revela (2016) que más de 1 billón de pesos están en riesgo por 83 obras incompletas, por falta de planeación, corrupción, o abandono⁴⁰.

Igualmente, el fenómeno de las renegociaciones oportunistas se encuentra en los mercados de asociación, anteriormente denominados contratos de asociación público-privada, principalmente utilizados para las obras, las infraestructuras. Estos tipos de contratos, también presentes en la Ley colombiana (Ley 1508 de 2012) autorizan la dirección privada de las obras, para la construcción de instalaciones públicas, bajo financiamiento privado. Inicialmente, fue una herramienta interesante para impulsar la recuperación económica y compensar las carencias en la inversión pública. En este sistema, la persona pública entra en un contrato a largo plazo con un socio privado, para la construcción, la explotación, el mantenimiento de una infraestructura pública, a cambio de lo cual, la entidad pública paga rentas mensuales para rembolsar la inversión privada, sabiendo que los riesgos de explotación y comercial deberían pesar sobre el socio privado. Sin embargo, la práctica revela que durante la ejecución, el precio inicial del contrato, negociado entre las partes puede incrementar de manera considerable en detrimento de los recursos públicos, debido a la renegociación sistemática del socio privado.

Podemos explicar eso, porque existen en los contratos de asociaciones varios mecanismos que abren la posibilidad al socio privado para empezar las renegociaciones. De

⁴⁰ El Tiempo. (2016). Archivo: Más de 1 billón de pesos están en riesgo por 83 obras incompletas. Bogotá. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16534744>.

manera que a menudo, el riesgo de explotación y el riesgo comercial, al final, son soportados por la persona pública.

Primero, los contratos de asociación podían concentrarse con cláusulas de cesión “*Dailly*”⁴¹. Estas pueden definirse como la transferencia mediante contrato, hecha por una persona (el cedente, la persona pública) a otra persona (el cesionario, el socio privado), de un título de crédito contra un tercero (el deudor, el banco), en relación con un pago de una suma de dinero. La Ley de 2008 modifica el régimen de la cesión de crédito específica, ampliando la base de la deuda transferible y, por otra parte, fijando la tasa de transferencia a 80 % de la remuneración dada. Estas constituyen una garantía interesante para el socio privado, ya que reducen las tasas de interés pagadas por el socio privado a un nivel cercano del previsto para las entidades públicas. Sin embargo, el riesgo de la cesión *Dailly* es reducir la motivación del socio no solo para mantener el proyecto dentro del cronograma, si no también, para lograr el rendimiento esperado. Además, este mecanismo que ofrece garantías estatales hasta del 80% de los costos totales de la inversión, parece limitar considerablemente los riesgos asumidos por el socio privado. Por lo tanto, si la empresa no puede reembolsar el préstamo del banco, la entidad pública tiene que tomar las riendas, pagando en este caso no solamente rentas debido al socio por la construcción, sino también la deuda del socio al banco.

En segundo lugar, a veces el montaje jurídico no permite una distribución igualitaria de los riesgos, lo que obliga a la persona pública a apoyarlos, por falta de acuerdo suficientemente flexible para reajustarlo. En este sentido, el Tribunal de Cuentas, sobre los nuevos estadios de la Eurocopa 2016, construidos por la mayoría mediante contrato de asociación, observa en general que, los riesgos suelen correr por cuenta de los entes locales. Es el caso, del contrato de asociación concluido para la construcción del estadio Pierre

⁴¹ Ley N°2008-735 del 28 de julio de 2008 sobre los contratos de asociación.

Mauroy en Lille, en el cual la entidad local recibe una tasa por el uso del estadio, mientras que el club percibe los ingresos del boleto. Es decir, para la Cámara regional de Cuentas del Nord-Pas-de-Calais, el riesgo de explotación será de hecho asumido por la entidad pública. Otro ejemplo, en el gran Estadio de Burdeos, el mismo Tribunal denuncia las cargas financieras que pesan sobre la persona pública, por un valor total de 196 millones de euros, además del reembolso al socio privado de las tasas e impuestos que debería pagar (Tribunal de Cuentas, 2017, pp. 5-18). En este sentido, el representante local en la alcaldía de Burdeos, Matthieu Rouveyvre, obtuvo del Consejo de Estado en la sentencia *Sociedad Estadio Burdeo Atlantique*, la anulación de la deliberación que autoriza la construcción del Gran Estadio de Burdeos (Francia, Consejo de Estado, 2016, 11 de mayo), ya que por una inversión anunciada de 3.500.000 millones de euros por año, durante 35 años, en realidad representó 6.600.000 millones de euros por año.

En otras circunstancias, el riesgo asumido por el titular parece bajo a la luz de las penalidades y incentivos para cumplir los objetivos. Es el caso, por ejemplo, del departamento de Hautes-Pyrénées, que se encarga el riesgo de explotación del contrato de asociación, firmando en el ámbito de la banda ancha. El control de este riesgo depende en realidad de la capacidad de la operación para generar un total de 66 millones de euros de ingresos, durante 20 años. Sin embargo, en este caso, el riesgo garantizado por el socio es de solo 200.000 euros por año y, 312.000 euros por año, a partir del tercer año fiscal. Por lo tanto, el departamento asume la mayor parte del riesgo comercial y, se ha comprometido a compensar el déficit de los ingresos además de su contribución obligatoria de 66,5 millones de euros durante el plazo del contrato (20 años) (Tribunal de Cuentas, 2015, p.23).

Según el Tribunal de Cuentas Europeo en 2018, relativo a la audición de proyecto de asociación público-privado financiado por Europea mediante el FEDER, la capacidad de los

APP para obtener los beneficios esperados era limitada, especialmente en vista de la renegociación de los proyectos (European court of Auditors, 2018, p. 59). Así, en siete de los nueve proyectos finalizados, los retrasos variaron entre dos y cincuenta-y-dos meses, los sobrecostos de presupuesto se acercaron a los 1500 millones de euros. En España por ejemplo, los contratos de autopistas se renegociaron, lo que resultó en un aumento del orden de 300 millones de euros a cargo de la persona pública. En Francia, los costos aumentaron en 13 millones de euros, o sea 73% para los tres proyectos auditados (European court of Auditors, 2018, p. 30).

Todas estas controversias, sobre los APP llevaron a la Unión Europea y al gobierno francés, durante la última reforma de la contratación pública, a reducir significativamente las posibilidades de utilizar este mecanismo. La desconfianza de la nueva mayoría política en 2012 con respecto a los contratos de asociación, ha resultado en una restricción del uso de este mecanismo, mediante el Decreto del 27 de septiembre de 2012, exigiendo un estudio de sostenibilidad fiscal previa a la contratación, y también requiriendo la opinión previa de ciertas autoridades administrativas para la celebración de proyectos estatales y de sus establecimientos de salud pública. Esta reforma ha conducido a una parte de la doctrina francesa a considerar que ahora existe una tutela de los actores públicos cuando quieren utilizar la compra de asociación (Chamming's G, 2016). La misma tendencia se encuentra en la nueva Directiva de 2014, pues las condiciones de uso de la compra de asociación se hacen estrictas.

En Colombia, la introducción de los contratos de asociación es más reciente: 2012, contra 2004 en la legislación francesa. El gobierno sigue favoreciendo el recurso a esta fórmula contractual: “las APP son un mecanismo que permite alcanzar la competitividad que requiere el país”. También las asociaciones público-privadas pueden ser una herramienta para

“mejorar el entorno institucional, económico y normativo para incentivar la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura pública” (DNP, 2016, p. 6). Se tratará entonces, de no caer en los mismos escollos que su vecino francés, al establecer en estos contratos cláusulas que permiten un control regular de la persona pública con respecto a los avances de la infraestructura, prever también, sanciones disuasorias en caso de no respeto de los plazos y, finalmente, una distribución equilibrada del riesgo previamente definida.

Así, el costo de la renegociación de los contratos públicos para la construcción de infraestructura, en los recursos públicos es tan importante, que parece necesario estudiar las posibilidades de la persona pública para concluir un acuerdo flexible, con el fin de enmarcar la renegociación y ganar coherencia, eficiencia y economía de los recursos públicos.

2. Un modelo eficiente en la ejecución: acuerdo flexible

Inicialmente, las normas aplicables a los contratos públicos colombiano y francés apenas enmarcaban la ejecución del contrato. De manera que las posibilidades de renegociación quedaron a la discreción de las partes, muchas veces en contra de la persona pública. En Francia, los autores Olivier y Liet-Veaux, explican que el legislador como el poder reglamentario, clásicamente se mantuvieron ajenos a la organización de la negociación durante la ejecución del contrato (2016, p. 4). En Colombia, ni la Ley 80 de 1993, ni la normativa subsiguiente, han enmarcado de manera detalladas las posibilidades de modificación del contrato durante la ejecución.

Mi propuesta, consistiría en concluir un contrato flexible desde la celebración del contrato. Es decir, un acuerdo flexible que prevé, desde la redacción del contrato, las potenciales modificaciones futuras. Un contrato por así decirlo, susceptible de cambiar durante la ejecución para imponer las renegociaciones oportunistas y favorecer las

adaptaciones beneficiosas. En este sentido, los nuevos textos aplicables a la contratación pública en Francia, han establecido, por primera vez, las condiciones de modificaciones del contrato.

En primer lugar, al detallar los términos de celebración de las enmiendas. Inicialmente, las condiciones de modificación del contrato fueron definidas por la jurisprudencia. La sentencia *Cuidad de Paris* impone que la enmienda no altera la economía general del contrato, ni cambia el objeto (Francia, Consejo de Estado, 2008, 11 de junio). Esta obligación se originó en el derecho comunitario y, se transcribió en la sentencia *Pressetext* del 16 de junio de 2009, que recuerda el principio de prohibición de los cambios, sin convocatoria de licitación previa, que realiza modificaciones substanciales del contrato. Modificaciones resultantes o sea de una extensión del contrato a servicio previstos inicialmente, o un cambio en el equilibrio económico del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato.

Ahora bien, el artículo 139 del Decreto de 2016 y el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE sobre los contratos públicos disponen que:

1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

- a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las

condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se

aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de: i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a), ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;

e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4.

Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes: i) los umbrales indicados en el artículo 4, y ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras. Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una

oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2. 28.3.2014

Diario Oficial de la Unión

Estas nuevas disposiciones delimitan necesariamente el nuevo campo de las renegociaciones posibles. Se traducen en una ampliación innegable de la esfera de libertad en materia de flexibilidad operativa, de pragmatismo económico y de responsabilidad de los compradores.

Se notaba desde la Directiva de 2014/24/UE, que la legislación francesa no prevé explícitamente la teoría de la imprevisión, como fue el caso anteriormente. Al principio, la teoría de imprevisión fue creada en derecho francés por la sentencia “compañía general de

iluminación de Burdeos” de 1916. Esta teoría se aplica esencialmente a los contratos de concesiones, pues son contratos a largo plazo. Sin embargo, fue también admitido que esta teoría se aplica a los contratos de obras públicas (Francia, Consejo de Estado, 1992, 19 de febrero). La teoría de imprevisión progresivamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia francesa, como excepción a la intangibilidad del contrato, se aplica solo cuando se cumplen ciertas condiciones. El evento que afecte la ejecución del contrato público debe ser impredecible y externo a las partes y debe alterar temporalmente la economía del contrato. Estas circunstancias impredecibles que alteran la economía del contrato pueden ser compensadas por la entidad pública, sabiendo que la compensación puede tomar la forma de un protocolo transaccional.

Ahora bien, a la luz de la reforma de los contratos públicos de 2015, ciertos miembros de la doctrina como Pachen-Lefèvre & Hauton (2017, p. 1) piensan, en este sentido, que la teoría francesa de la imprevisión se murió siendo ahora reemplazada por casos escrupulosamente definidos y enmarcados económicamente por los nuevos textos. Mientras que en Colombia esta teoría se está desarrollando tanto por la doctrina como por parte del juez.

Sin embargo, el problema de la teoría de imprevisión se revela mediante el análisis económico. En este sentido, basado en el trabajo de Olivier Williamson, premio Nobel de economía 2009 sobre los costos de transacción, el mayor reconocimiento del juez de la imprevisión puede implicar varios riesgos. Nos unimos al análisis del investigador en economía, mencionado anteriormente, porque recuerda que el diálogo entre el derecho y la economía es ahora una necesidad para quien quiere comprender el funcionamiento de las economías contemporáneas.

A veces el juez que compensa al contratista privado por circunstancias imprevistas refuerza el riesgo de atraco o el riesgo de *hold-up*. Clásicamente, la economía de los costos de transacción asume que los agentes económicos buscan sobre todos sus propios intereses (supuestamente son “oportunistas”). Además, lo hacen en un entorno de información en gran parte imperfecto. De hecho, es imposible para las partes, excepto a un costo prohibitivo, estipular en el contrato todas las contingencias futuras y, por lo tanto, especificar todas sus obligaciones para cada una de estas declaraciones futuras.

Acoplada con la hipótesis oportunista, la información imperfecta implica que cada una de las partes, por lo tanto, sabe que la otra parte puede intentar sacar provecho estratégico de la confusión contractual en su beneficio. Por fin, este modelo supone la especificidad de los activos. Williamson considera que las partes invierten en activos específicos de transacciones que son activos que tienen un valor significativo en la transacción en particular, pero que son poco reubicables si se usan en otra transacción. Estas inversiones específicas generan una renta significativa, porque son extremadamente productivas, que las partes deben compartir dependiendo del tipo de contrato concluido.

Estos tres elementos analíticos - incertidumbre, oportunismo y especificidad – naturalmente llevan a un riesgo de *hold-up*. En efecto, una vez que la inversión específica ha sido realizada (a menudo por la persona pública), las relaciones contractuales se vuelven asimétricas: el que hizo la inversión específica queda efectivamente atrapado en la transacción inicial, ya que sus activos tienen un valor importante en esta transacción, pero un valor casi cero con cualquier otra parte.

Por lo tanto, él está estructuralmente en una posición de debilidad con respecto a su contratista. Se dice que la entidad pública está bloqueada (*locked-in*), mientras que la parte

contratante tiene todas las oportunidades para proponer una renegociación del contrato y puede extorsionar el valor total creado por la especificidad del activo.

Así, un contrato a largo plazo que especifique anteriormente las posibilidades de modificaciones futuras, puede jugar el papel de garantía institucional y legal contra cualquier intento de extorsión y renegociación oportunista del contratante privado. Pues, para Williamson, los contratos complejos de mediano o largo plazo, constituyen modos de gobierno que apuntan a proteger las inversiones específicas de las partes en un mundo atravesado por la incertidumbre y el oportunismo (Williamson, 1985, p. 43-67).

En este sentido, la práctica ha revelado un uso estratégico de la teoría de imprevisión, en particular del evento imprevisto, para poder beneficiarse de una renegociación del contrato. En otras palabras, un contratista podría ponerse en una situación no prevista en el contrato para crear las condiciones para una renegociación del contrato. En este caso, es aconsejable evitar la revisión del contrato para desanimar a los actores a gastar recursos para intentar ubicarse en tal situación. Por esta razón, aceptar la teoría de imprevisión en derecho de una manera más amplia debe hacerse con sumo cuidado y debe buscar equilibrar las ventajas en términos de adaptación de los contratos y los riesgos asociados con el abuso de esta posibilidad.

En segundo lugar, al prever en el contrato inicial las posibles modificaciones futuras, mediante, no solo “les avenants” o cláusulas de enmiendas como hemos visto, sino también con cláusulas de reexamen. En la práctica, esta cláusula se encontró en los contratos de asociación o en los contratos de concesión, mientras que estaba totalmente ausente de la práctica de la contratación pública. Sin embargo, su introducción a través del artículo 139 – 1° del Decreto de 2016, puede ser una herramienta útil para la gestión operacional de la contratación pública. De manera general, la introducción de la cláusula de reunión o revisión

es por algunos autores: “una fuente de flexibilidad y de seguridad beneficiosa” (Olivier & Liet-Veaux, 2016, p. 6). Sobre el contenido de la cláusula de reunión, ella ofrece la posibilidad, sin límite de monto, de prever en el contrato inicial las futuras modificaciones siempre que las cláusulas de variaciones del precio u opciones sean claras, precisas e inequívocas. Estas cláusulas deben indicar el campo de aplicación, la naturaleza de la modificación u opción prevista. Esto incentiva a las partes a organizar previamente las circunstancias que puedan modificar el contrato, mediante la introducción de una cláusula de reunión y de revisión *a priori*, lo cual introduce la posibilidad de recurrir a la negociación beneficiosa entre las partes.

Finalmente, la terminación flexible del contrato ofrece la ventaja económica y la celeridad que no tiene un recurso judicial. Recientemente, el derecho francés ha adoptado, al lado de los casos de anulación tradicional (por interés general, unilateral, por culpa de la parte contratante) un caso de anulación del contrato a iniciativa de la parte contratante (Francia, Consejo de Estado, Grenke Location, 2008). Se recomienda entonces, preverlos desde la redacción del contrato, de modo que *a priori* se puedan prever las posibles adaptaciones beneficiosas del contrato.

Conclusiones

Las nuevas orientaciones de los organismos internacionales y supranacionales con respecto a las compras públicas propugnan un regreso a la flexibilización de los procedimientos de selección del contratista de la entidad pública. El análisis económico del derecho demuestra, por su parte, las ventajas de la negociación en la selección del futuro contratista público, lo que explica que recientemente, el derecho francés ha aprovechado la

reforma comunitaria sobre los contratos públicos para fortalecer el lugar de la negociación de manera cualitativa y cuantitativa. La evolución reciente de las normas colombianas denota el esfuerzo para fortalecer la transparencia de la información pública, corolario necesario a la implementación de cualquier forma de negociación. A la luz de esta evolución, nuestra posición aboga para la adopción en derecho francés y colombiano de un procedimiento formal de derecho común con una fase de negociación.

Más allá de la implementación de procedimiento de selección con negociación, con respecto a las modalidades de aplicación de estos procedimientos, el análisis de los dos ordenes jurídicos revela un esfuerzo convergente para reducir el formalismo que rodea la contratación pública. Reducción del formalismo no sólo mediante el uso de la desmaterialización, sino también mediante la reducción de los documentos requeridos por los candidatos y la creación de plataformas dinámicas Internet. A este respecto, si bien el derecho francés ahora distingue explícitamente los procedimientos de las técnicas de compras que reconocen cada vez más espacio para la negociación, cabe notar que el derecho colombiano no opera esa distinción, lo que contraviene la claridad del derecho.

Finalmente, la demostración del último capítulo nos lleva a la conclusión que la flexibilización del trámite de selección a veces no es suficiente para garantizar una eficiencia económica real y una protección de los recursos públicos en la ejecución de los contratos públicos en sentido amplio (desarrollando nuestra reflexión en este punto a los contratos de concesión y los contratos de asociaciones público-privadas). Por esta razón, nuestra conclusión aboga por la adopción desde la celebración de los contratos de un acuerdo flexible, para favorecer las adaptaciones beneficiosas del contrato y luchar contra las renegociaciones oportunistas.

Referencias bibliográficas

Normatividad Colombiana

- Constitución Política de 1991, artículo 267.
- Decreto 1510 de 2013, Diario Oficial No. 48.854, 17 de julio 2013.
- Decreto 1082 de 2015, Diario Oficial No. 49.523, 25 de mayo 2015.
- Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094, 28 de octubre 1993.
- Ley 105 de 1993, Diario Oficial No. 41.158, 30 de diciembre 1993.
- Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691, 16 de julio 2007.
- Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero 2011.
- Ley 1508 de 2012, Diario Oficial No. 49.523, 10 de enero 2012.
- Ley 1682 de 2012, Diario Oficial No. 48.987, 27 de noviembre 2013.
- Ley 1882 de 2018, Diario Oficial No. 50.477, 15 de enero 2018.

Normatividad Francesa

- Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires.
- Código de justicia administrativa, artículo R 551-1 y ss., & L 551-1 y ss. de 2009.
- Décret du 10 brumaire an XIV.
- Décret-loi du 12 novembre 1938 pris en vertu de la loi du 5 octobre 1938 et relatives aux marchés des collectivités locales et des établissements publics et, en ce qui concerne les marchés de travaux.
- Decreto n°2008-1355 del 19 de diciembre de 2008 sobre la aplicación del plan de recuperación económica en los contratos públicos.
- Decreto n°2016-360 del 25 de marzo de 2016 sobre los contratos públicos.

- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite Sapin I.
- Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.
- Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.
- Loi n°2033-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.
- Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.
- Loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat
- Loi n°179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.
- Loi n° 206-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin II.
- Ordenanza n° 2015-899 del 23 de julio de 2015 sobre los contratos públicos.
- Ordenanza n° 2016-65 del 29 de enero de 2016 sobre los contratos de concesiones.
- Sobre los Códigos de los contratos públicos: Decreto del 17 de julio de 1964, Decreto del 7 de marzo de 2001, Decreto del 7 de enero del 2004, Decreto del 1° de agosto del 2006.

Normatividad Europea

Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

Libro Verde (1996) sobre la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro.

Libro Verde (2011) sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE - Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente.

Reglamento Delegado (UE) (2017) de la Comisión de 18 de diciembre de 2017 que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

Tratado de Maastricht (1992), artículo 163 recoge en el artículo 179 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Doctrinales

Arrowsmith, S., y Linarelli, J., y Wallace, D. (2000). *Regulating Procurement*. Kluwer Law International.

Athias, L. y Nuñez A. (2008). Winner's Curse in Toll Road Concessions. *Economics Letters*, vol. 101, n°3.

Benavides, J.L. (2002). *El Contrato Estatal: entre Derecho Público y el Derecho Privado* (tesis doctoral). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Benavides, J.L. (2005). El contrato público colombiano: ¿una tercera vía para los contratos administrativos? (proyecto y investigaciones). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Benavides, J.L. (2010). La internacionalización de los contratos públicos, en Santofimio, J.O. y Benavides J. L. (2010) *Incertidumbre en la contratación estatal, Memorias de las X Jornadas de derecho administrativo*, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J.L. (2014). Contratos públicos Estudios (ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J.L. (2017). Cambios en la contratación de los procesos de selección, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J.L. (2017). Influencia Internacional en la Contratación Estatal, en Montana Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. L., y Moreno, P. (2016). *La contratación pública en América Latina*, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bourcier, D. (2014). De nouveau 2014 étude sur le Droit de l'Union européenne et la négociation. Contrats et Marchés publics n° 6, dossier 7.
- Braibant, G. (2004). Cómo codificar? El método, en Coloque (2004) El futuro de la codificación en Francia y en América Latina. Paris: Palais du Luxembourg.
- Bréchon, C. (1989). L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976. Revue Française de Droit administratif – RFDA, n° spécial: les marchés publics européens.

- Carrillo F, F. (2004) Codificación e integración en América Latina, en Coloque (2004). *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris: Palais du Luxembourg.
- Cerrillo Martínez, A. (2015). La contratación pública en el marco del gobierno abierto: compras abiertas, en XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú.
- Chamming's, G. (2016). Du contrat au marché de partenariat – chronique d'un sauvetage précaire su soldat PPP. Cahier de droit de l'entreprise n°6, dossier 51.
- Christophle, A. y Auger, P. (1889-1890). *Traité théorique et pratique des travaux publics*. n°329, Paris.
- Colombia Compra Eficiente (2016). Exposición de motivos del Proyecto de Ley del 30 de junio de 2016.
- De La Rosa, S. (2016). La place de la négociation dans la conclusion des contrats de commande publique. Actualités Juridique des Contrats d'Affaires - Concurrence p. 323.
- De Vivero, F. (2010). Reforma del Régimen de Contratación Estatal. Colombia, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Delvolvé, P. (2016). Les contrats de la « commande publique ». Revue Française de Droit administratif – RFDA, p.200.
- Escobar H, A. B. (2000). El contrato estatal de obra, (Eds.). Colombia, Bogotá: Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez.
- Estache, A. y Saussier, S. (2014). Public-Private Partnerships and Efficiency: A Short Assessment. CESifo DICE Report, n°4/2014.
- Gaceta del Congreso 75. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. (1992).
- González L, E. (2017). Los derechos y los deberes de los oferentes en el proceso de

- selección, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Guasch, J-L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concession: Doing It Right*, The World Bank.
- Guibal, M. (1994). Codification et simplification du droit des marchés publics. *Actualités Juridique de Droit Administratif – AJDA*, n° spécial, p. 6.
- Guzmán B, A. (2004). La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas, en Coloquio (2004). *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris: Palais du Luxembourg.
- Halpérin, J.L. (2004). Origen política de los códigos, de Europea a América Latina, en Coloquio (2004) *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris: Palais du Luxembourg.
- Herrera B, B. (1997). Régimen de contratación Estatal (Compilador Jorge Pino Ricci). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera B, B. (2004). *Contratos públicos*. Colombia, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hinestrosa, F. (2004). Cómo codificar? El método, en Coloquio (2004) *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris: Palais du Luxembourg.
- Hoyos L, R. (2011). Nulidad en los contratos estatales. Colombia, Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Lachaume, J.F. (1995). Le formalisme. *AJDA* p. 133.
- Lagumina, S., y Phillipe, E. (2000). Le référé précontractuel : bilan et perceptives. *AJDA*, p. 283.

- Leudo P, H.R., y Blanco A, R.C. (2015). Renegociación de contratos de concesión vial. Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomas.
- Linditch, F. (2011). Négociation dans les marchés à procédure adaptée : les offres peuvent largement évoluer, pas les critères de choix. *Juris-Classeur Périodique Administratif – JCPA*, n° 24.
- Lozano V, G. (2017). La contratación Estatal como instrumento contra la corrupción, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Llorens, F. (2005). Typologie des contrats de la commande publique. *Contrats et Marchés publics* n°5, étude 7.
- Llorens, F. y Muller, E. (2017). Synthèse Conventions diverses. Lexis Nexis.
- Maia, J. (2016). Les nouvelles dispositions sur sur les contrats de la commande publique. *Revue Française de Droit administratif – RFDA*, p.197.
- Marienhoff, M. (1990). La contratación administrativa en Colombia (ed.). Bogotá, Colombia : Librería jurídica Wilches.
- Monnier, F. (1984). *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Munsch, J. (1994). Appel d'offres : Les excès de la transparence. *Lettre du cadre territorial*, p. 49.
- Ordoqui C, G. (2012). Buena fe contractual, (2 Eds.). Colombia, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, Pontifica Universidad Javeriana y Universidad Católica.
- Pachen-Lefèvre, M-H., y Hauton, M. (2017). Les nouvelles règles de modifications du contrat auront-elles raison de l'imprévision ? *Moniteur* n°5935.

- Pinzó N S., J. (2002). El Código de Comercio treinta años después de su expedición. *Revista Universitas* n°104.
- Piveteau, D. (1981). Conclusion arrêt du Conseil d'Etat du 29 avril 1981, *Ordre des avocats*.
- Richer, L., y Lichère, F. (2016). *Droit des contrats administratifs* (10 Eds.). LGDJ.
- Rodríguez V, A. A. (2015). La circulación de modelos jurídicos. Los orígenes del Estado de Providencia en Colombia durante los años 30 y la influencia del constitucionalismo francés de principios del siglo XX (tesis doctoral). Francia: Grenoble.
- Reis, T., & Jordão, E. (2016). Planeación y simplificación en la formación de los contratos, en Benavides, J. L., y Moreno, P. (2016). *La contratación pública en América Latina*, (Eds.). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Royer, E. (2007). Le code des marchés publics n'est toujours pas conforme à la légalité. *Dalloz actualité*.
- Safar D, M. S. (2009). Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Safar D, M. S. (2017). Herramientas para optimizar las modalidades de selección, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Colombia, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez E, C. (2012). El papel del juez en América Latina en el Siglo XIX. Entre tradición latinoamericana e influencias extranjeras (tesis doctoral). Francia : Marsella.
- Saussier, S., & Tirole, J. (2015). Renforcer l'efficacité de la commande publique. Notes du conseil d'analyse économique, n° 22, p. 1-12.
- Sayagués L, E. (1940). *La licitación Pública*. Uruguay, Montevideo: Biblioteca de

publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales.

Segura R, D.F., y Hernández C, F.H. (2017). Determinantes de la renegociación de contratos de concesión en infraestructura del transporte en Colombia 1993-2016: recomendaciones de política económica. Colombia, Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

Serrano C, A. (2014). Estudio sobre la Corrupción en la contratación pública en Colombia. Colombia, Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Solano S, J.E. (1994). *Contratación pública administrativa*. Bogotá, Colombia: Librería del profesional.

Sychowicz, N. (2016). La réception des montages contractuels complexes par le nouveau droit des marchés publics, Bulletin Juridique des Contrats Publics – BJCP n°106.

Terneyre, P. (1995). Le marché d'entreprise de travaux public. Revue d'économie financière p.209.

Ubaud-B, M. (2014). Etude sur le Droit de l'Union européenne et la négociation. Dalloz : Contrats et Marchés publics n° 6, dossier 7.

Vergara, R., & Teresa, A. (2011). La transparencia en la Ley de las contrataciones del Estado. Lima, Perú: Revista de Derecho PUCP n°66, pontificia Universidad Católica del Perú.

Wald, A. (2004). Los nuevos Códigos en América latina : el código brasileño en Coloque (2004) *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. Paris: Palais du Luxembourg.

Williamson, O.E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. The Free Press.

Reportes & Guías

Banco Mundial (2002). Estudio de corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad. Colombia, Bogotá: fundación transparencia.

Colombia Compra Eficiente. (2014). Guía para los procesos de contratación de obra pública. Colombia, Bogotá.

Comisión Europea. (2014). Informe de la Comisión al Consejo y al parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE. COM (2014) 38. Bélgica, Bruselas: Unión Europea.

Consejo de Estado (1991). *De la sécurité juridique*. Reporte anual. Francia, Paris.

Cour des comptes. (2015). *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des à risques à maîtriser*. Rapport public annuel.

Cour des comptes. (2017). *Les soutiens publics à l'Euro 2016 en France*. Rapport public thématique.

European court of Auditors. (2018). Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados. Ediciones : Unión Europea.

OECD (2009) *Principles for Integrity in Public Procurement*. Paris: Ediciones OCDE.

OCDE (2016). La contratación pública electrónica e-procurement, in *Panorama de las administraciones públicas : América latine y caribe* (2017). Paris: Ediciones OCDE.

OCDE (2016). El tamaño de la contratación pública, en *Panorama de las administraciones públicas : América latine y caribe* (2017). Paris: Ediciones OCDE.

OCDE (2017). La contratación pública, en *Panorama de las administraciones públicas* (2017). Paris: Ediciones OCDE.

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera (1979, 1 de febrero) Expediente No. 2199,
Actor Alberto Carbonell Quintero, Consejero DR. Jorge Dangond Flórez

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (1990, 6 de julio) Expediente No. 5860, M.P.
Uribe Acosta, Julio César

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (1994, 5 de agosto) Expediente No. 7145,
M.P. Montes Hernández, Juan de Dios

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (1998, 2 de julio) Expediente No. 11818,
M.P. Suárez Hernández, Daniel

Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena (2000, 3 de octubre) Expedientes
acumulados No. AC-10529 y AC-10968, M.P. Darío Quiñonez Pinilla

Colombia, Corte Constitucional (2002, 3 de julio) Sentencias C-508, M.P. Beltrán Sierra,
Alfredo

Colombia, Consejo de Estado (2007, 29 de agosto) Expediente No. 15324, M.P. Mauricio
Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (2007, 3 de
diciembre)

Colombia, Consejo de Estado (2007, 3 de diciembre) Expediente No. 32.447

Colombia, Consejo de Estado, (2009, 22 de julio) Expediente No. 35026, M.P. Enrique Gil
Botero, actor Integral S.A.

Colombia, Consejo de Estado, (2010, 18 de marzo) Expediente No. 14390, M.P. Mauricio
Fajardo Gómez, actor Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda.

Colombia, Consejo de Estado, (2011, 24 de enero) Expediente No. 16326, M.P. Jaime
Orlando Santofimio Gamboa, actor Abelardo Trujillo Mellizo

Colombia, Consejo de Estado (2011, 31 de enero) 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767),
Consejera ponente, Olga Mélida Valle de la Hoz

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2011, 24 de marzo) Expediente No. 18118,
M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Colombia, Consejo de Estado, Sección tercera (2013, 29 de agosto) Expediente No. 39005,
M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Colombia, Consejo de Estado (2014, 18 de febrero) Radiación núm.:
25000234200020130687101, M.P. Guillermo Vargas Ayala

Colombia, Consejo de Estado (2015, 10 de diciembre) Radicación número: 73001-23-31-
000-2012-00012-01 (51.489), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Colombia, Consejo de Estado (2016, 27 de enero) Expediente No. 49847, M.P. Jaime
Orlando Santofimio

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2016, 9 de marzo) Expediente No. 34322,
M.P. Zambrano Barrera, Carlos Alberto

Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera (2016, 8 de noviembre) M.P. Zambrano
Barrera, Carlos Alberto

Colombia, Consejo de Estado (2017, 3 de diciembre)

Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2002, 12 de septiembre)
Universale-Bau AG/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, C-470/99

Francia, Consejo de Estado (1916, 30 de marzo) *Compagnie Général d'éclairage de
Bordeaux*, n°59928

Francia, Consejo de Estado (1921, 10 de junio) *Monségur*, n° 45681

Francia, Consejo de Estado (1981, 13 de marzo) *Ordre des avocats de Paris*, n° 10486
10490

Francia, Consejo de Estado (1992, 19 de febrero), n°47265

Francia, Consejo de Estado (1993, 28 de abril) *Syndicat départemental d'électricité de la Drôme*, n°81843

Francia, Consejo de Estado (1994, 25 de febrero) *Société SOFAP-Marignan*, n° 144641
145406

Francia, Consejo de Estado (1997, 29 de diciembre) *Préfet Seine-et-Marne c/ OPAC Meaux*,
n° 160686

Francia, Consejo de Estado (1999, 8 de febrero) *Préfet de bouche du Rhône contre commune de la Ciotat*, n° 150931

Francia, Consejo de Estado (2002, 29 de julio) *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n°
246921

Francia, Corte de casación, Sala criminal (2002, 27 de noviembre) n° 02-81581

Francia, Consejo de Estado (2003, 5 de marzo), *UNSPIC*, n°233372

Francia, Consejo de Estado (2003, 5 de marzo) *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*,
n° 238039

Francia, Corte Constitucional (2003, 26 de junio) *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473

Francia, Corte de casación, Sala criminal (2006, 8 de marzo) n° 05-85276

Francia, Consejo de Estado (2007, 16 julio) *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545

Francia, Consejo de Estado (2008, 3 de octubre) *Smirgeomes*, n°305420

Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Bordo (2008, 6 de noviembre) *Centre hospitalier Saint-Nicolas-de-Blaye c/ SARL Ambulances Blayaises*, n° 07BX01245

Francia, Consejo de Estado (2009, 28 de diciembre) *Commune de Béziers*, n°304802

Francia, Tribunal Administrativo de Toulouse (2010, 2 de marzo) sentencia n° 10-00626,
Sociedad Jutgla

Francia, Consejo de Estado (2011, 5 de enero) *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*, n° 343206 et 343214

Francia, Consejo de Estado (2011, 19 de enero) *Grand port maritime du Havre*, n°343435

Francia, Consejo de Estado (2011, 27 de abril) *Président du Sénat*, n°007063

Francia, Corte de casación, Sala criminal (2011, 16 de mayo) n° 97-80888

Francia, Consejo de Estado (2012, 15 de febrero) *Société SFR*, n°363854

Francia, Consejo de Estado (2012, 4 de abril) *Tarn et Garonne*, n°358994

Francia, Consejo de Estado (2012, 11 de abril) *Syndicat Ody*, n° 354652

Francia, Consejo de Estado (2012, 18 de diciembre) *Département de la Guadeloupe*, n° 362532

Francia, Consejo de Estado (2014, 04 de abril) *Département Tarn et Garonne*, n° 358994

Francia, Consejo de Estado (2014, 3 de noviembre) *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362

Francia, Consejo de Estado (2015, 18 de septiembre) *Société Axcress*, n° 380821

Francia Consejo de Estado, (2015, 14 de octubre) *SA Applicam et Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968

Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella (2016, 1 de febrero) *Axis Architectur*, n° 14MA01954

Francia, Corte de Casación, Sala criminal (2016, 8 de marzo), n° 05-85276

Francia, Consejo de Estado (2016, 6 de abril) *Comuna de Bohalle*, n° 388123

Francia, Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella (2016, 9 de mayo) *Société Air Taxi et Charter International*, n° 15MA02663

Francia, Consejo de Estado (2016, 11 de mayo) *Soci dad Estadio Burdeos Atlantique*, n  383768, 383769

Francia, Consejo de Estado (2016, 16 noviembre) *Société SNEF*, n  024757

Francia, Consejo de Estado (2017, 15 de diciembre) *Syndicat mixte de l'a roport de Lannion de C te de Granit*, n 413193

Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas (2000, 7 de diciembre) *Telaustria*, C-324/98

Tribunal Administrativo de Apelación de Lyon (2014, 12 de junio) *SEMERAP*, n 13LY01340

Páginas web

Banco Mundial. (2015). Nuevo marco para la contratación pública. Recuperado de: <http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>

Departamento Nacional de Planeación. (2016). Desarrollo de los APP. Bogotá. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20Infraestructu/Presentacion%20Director%20FDN%20-%202009-02-2016.pdf>

Direction des affaires juridiques - DAJ. (2016). Procedimientos adaptados. Paris. Recuperado de: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/marches-procedure-adaptee-2016.pdf

El futuro de la codificación en Francia y en América Latina (2004) recuperado de: https://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification_mono.html#fnref274

El Tiempo. (2016). Archivo: Más de 1 billones de pesos están en riesgo por 83 obras incompleta. Bogotá. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16534744>.

Legibase Marché public. (2017). Riesgo penal en los contratos públicos. Paris. Recuperado de: <http://marches-publics.legibase.fr/actualites/focus/en-passant-un-marche-public-quel-risque-penal-78239>

Ministerio de economía. (2015). Reforma de la contratación pública. París. Recuperado de: https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/dp-reforme-commande_publicue_juillet2015.pdf

Moreno Molina. (2015). Panorama comparado de la Contratación Pública en América Latina observatorio contratación pública. Bogotá. Recuperado de: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.183/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.9c44b3c71a7a23ca52f818dee2903807>