

EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO
DE CARÁCTER ESTATAL

JENNY SANDOVAL ESPITIA

DIRECTOR:

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA

TRABAJO DE GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

Bogotá, septiembre 18 de 2014.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	4
1. LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL DEL ORDEN NACIONAL.....	6
1.1 Antecedentes de los establecimientos de crédito estatales en el escenario bancario nacional	7
1.1.1 Creación de establecimientos de crédito de carácter estatal con posterioridad a la reforma del sector financiero de 1923	12
1.1.2 Nacionalización y oficialización de establecimientos bancarios privados	15
1.2 Naturaleza jurídica de los establecimientos de crédito estatales y las instituciones oficiales de redescuento	18
1.3 Los establecimientos de crédito según la legislación financiera	24
1.3.1 Clasificación de los establecimientos de crédito	27
1.3.2 La actividad bancaria, su alcance y especialidad	28
1.3.3 Las actividades bancarias conexas	32
1.3.4 De la actividad de las Instituciones Oficiales Especiales	32
1.4 Las normas del derecho bancario, su naturaleza y especialidad	35
1.5 La actividad contractual bancaria a la luz de derecho bancario	37
2. NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL DEL ORDEN NACIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL	41
2.1 Incidencia del derecho público en la actividad de los establecimientos de crédito de carácter estatal	41
2.1.1 La actividad bancaria: servicio público o actividad netamente privada.....	42
2.1.2 La Iniciativa pública en la actividad económica	50
2.2 El cumplimiento de los fines estatales como punto de encuentro entre el régimen general de contratación pública y el régimen excepcional de los establecimientos de crédito estatales	56
2.3 Normatividad aplicable a la contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal	59
2.3.1 Estatuto General de Contratación. Ley 80 de 1993	59
2.3.2 Control Fiscal sobre las actividades de las entidades financieras de carácter estatal	69

3. ALCANCES Y RESTRICCIONES DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL	75
3.1 Alcance en la aplicación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991	75
3.1.1 Los principios de la función administrativa en la actividad contractual de las Entidades Estatales	77
3.1.2 Los principios de la función administrativa y su relación con aspectos que definen las particularidades del régimen de contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal.....	80
3.2 Los establecimientos de crédito estatales: distancia frente a los Privilegios de la Administración Contratante	119
3.2.1 Clausulas excepcionales al derecho común.....	120
3.2.2 Prerrogativas diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común	123
3.2.3 Conclusión sobre los límites a las prerrogativas contractuales y extracontractuales con respecto a los establecimientos de crédito de carácter estatal	133
CONCLUSIONES.....	136
BIBLIOGRAFÍA	144

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito definir cuál es el régimen de contratación de los establecimientos de crédito del orden nacional, dada la supuesta complejidad normativa generada por la existencia de un régimen excepcional de contratación, que los excluye de la aplicación de las disposiciones del Estatuto General de Contratación, aunque quedan sujetos a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los establecimientos de crédito estatales desarrollan su actividad en un campo comercial de gestión económica que escapa de las funciones típicamente administrativas, pero sin desprenderse de su naturaleza de entidad pública; razón por la cual el legislador se ha enfrentado a la disyuntiva entre el derecho público y el derecho privado, y su tarea ha sido darle coherencia al sistema, definiendo hasta donde permitir su sujeción al ordenamiento jurídico de los establecimientos de crédito de carácter privado.

Adicionalmente, esta investigación resulta de interés dadas las diferentes críticas a la supuesta proliferación de regímenes de excepción frente a la aplicación del Estatuto General de Contratación, las cuales pueden concretarse en los siguientes puntos: la existencia de numerosos reglamentos que carecen de criterios unificados generando desarticulación en la normatividad; ineficiencia y debilidad en el sistema de contratación; multiplicidad de regímenes en contravía de la transparencia que debería regir la contratación estatal y complejidad normativa que favorece la corrupción.

Esta investigación se desarrollará mediante una selección y evaluación de la Ley, doctrina y jurisprudencia sobre la especialidad de la actividad desarrollada por los establecimientos de crédito de carácter estatal y sobre su régimen de contratación. Además, acudiremos al análisis de los manuales de contratación de las siguientes

entidades: Icetex, Fondo Nacional del Ahorro, Fondo Nacional de Garantías, Fonade, Caprovimpo y Financiera de Desarrollo Nacional.

Abordaremos el tema, bajo un esquema compuesto por tres capítulos. En el primer capítulo, realizaremos un análisis del contexto al que se sujeta el Estado cuando decide crear o autorizar la creación de un establecimiento de crédito de naturaleza pública, y la especialidad de la actividad bancaria que desarrollan así como de las normas que la regulan.

En el segundo capítulo, detallaremos el régimen excepcional de contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal, exponiendo la incidencia del derecho público en el régimen jurídico aplicable a dichas entidades y la evolución normativa que se ha presentado frente a su régimen de contratación.

Finalmente, en el tercer capítulo, nos detendremos en el alcance de la excepción propuesta para las entidades en comento, lo cual implica una necesaria referencia a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, y el análisis de aspectos en los cuales dichas entidades se conectan o se alejan del régimen público de la contratación, concentrándonos en los siguientes: la definición del régimen jurídico aplicable, los procesos de selección de contratistas y la aplicación de prerrogativas propias de la administración contratante.

1. LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL DEL ORDEN NACIONAL

En Colombia, el Estado ha asumido - sin desplazar al sector privado - el papel de empresario financiero a través de la creación de instituciones financieras de carácter público, dirigidas a satisfacer necesidades de interés general. En el caso concreto de los establecimientos de crédito de carácter estatal, incluyendo las instituciones oficiales especiales o banca de segundo piso, su finalidad ha sido la de proveer de servicios de crédito a algunas zonas geográficas o sectores de la economía que no resultan de interés para la banca privada, así como impulsar sectores que resultan de interés prioritario dentro de la política económica del Gobierno Nacional, de manera que la creación de dichas entidades ha servido como instrumento para hacer efectiva la dirección del Estado en la economía del país.

Ahora bien, dichas entidades prestan sus servicios en un campo que se rige principalmente por las normas del derecho privado, aunque sin desprenderse de su naturaleza de entidad pública, razón por la cual permanentemente se han enfrentado a la disyuntiva entre el derecho público y el derecho privado en el ejercicio de sus funciones, al tener que definir cuál es el límite en la aplicación de una u otra rama; disyuntiva a la cual no ha escapado su régimen de contratación, que constituye el objeto de la presente investigación.

Consideramos que para definir el régimen de contratación de los establecimientos de crédito estatales, es necesario comprender, por lo menos, el contexto al que se sujeta el Estado cuando decide crear o autorizar la creación de una entidad de tal naturaleza, la especialidad de la empresa bancaria, la gestión contractual de tales establecimientos a la luz de la legislación financiera, así como las fuentes del derecho aplicables a su actividad, en la cual confluyen normas de derecho público y privado, las cuales deberán condensarse con las que les sean aplicables según lo dispuesto en las normas de contratación pública.

Estos aspectos corresponden a los temas que expondremos a lo largo del presente capítulo y que ofrecen un análisis estructural que permitirá establecer el alcance de las normas de derecho privado y público en el régimen de contratación de tales entidades.

1.1 Antecedentes de los establecimientos de crédito estatales en el escenario bancario nacional

En primer término, es necesario señalar que, la historia de la actividad bancaria se circunscribe, en sus inicios, a la custodia de dinero con el propósito de disminuir, para sus dueños, los riesgos derivados de la posesión de excedentes; y su característica, como aún hoy en día, se encontraba en la confianza que merecían los depositarios.

En un primer momento, esos dineros permanecieron ociosos, luego, los bancos comenzaron a utilizar esos depósitos para producir más dinero, prestándolo a terceras personas mediante operaciones paralelas al depósito e introdujeron la práctica de emitir certificados de depósitos, que más tarde se hicieron endosables para respaldar las inversiones lucrativas, transformándose sucesivamente en billetes de bancos emitidos a la vista y pagaderos al portador con base al crédito que representaban, dando origen a uno de los elementos esenciales de la actividad bancaria moderna: la intermediación entre excedentes y requerimientos de recursos¹. Aunque, a la banca moderna se suman otras características relevantes como la tecnicidad, habitualidad, profesionalidad, la expansión de nuevos servicios y la diversidad de sus funciones.

En esa evolución, la institución que se ha identificado como el primer banco en el sentido moderno de la palabra es el Banco de Inglaterra fundado en 1694², cuyas funciones se concentraban en recibir depósitos, comprar y vender metales

¹ Barbier, *Contratación bancaria 2*, cf. p. 3.

² No obstante, al Banco de Inglaterra lo anteceden instituciones como la *Taula de Canvi* fundada en 1401 en Barcelona y el Banco de Génova fundado en 1408, instituciones de carácter público que nacieron como complemento de la actividad bancaria privada y como reacción a su monopolio. Cf.: Rengifo, *Bancos comerciales y operaciones bancarias*, p. 24.

preciosos, efectuar operaciones de descuento, realizar préstamos, efectuar transferencias y emitir moneda. Adicionalmente, desde su aparición se entendió que la actividad bancaria era posible gracias al otorgamiento de una licencia, concesión o autorización por parte del Estado³.

Dicha institución sirvió de ejemplo a la banca de diversos países que tomaron a Inglaterra como modelo en el funcionamiento de la banca, por tratarse del país que para la época constituía el centro económico mundial. Colombia no fue la excepción y en las normas dictadas en el siglo XIX, durante la época de la colonia, se exigió autorización estatal previa para el ejercicio de la actividad bancaria⁴, exigencia que persiste hasta nuestros días.

Sin embargo, nuestra historia bancaria durante el siglo XIX y hasta antes de 1923 refleja las dificultades de un estado naciente y por tanto es una historia de crisis, quiebras y fracasos financieros. En esa época, los bancos que se fundaron resultaron, en su mayoría, entidades de corta duración. Es el caso de establecimientos como la compañía giros y descuentos (1841 - 1842), la casa Restrepo y compañía (1854 – 1915), la firma Botero Arango e hijos (1859 – 1898)⁵ y la sucursal en Bogotá del “London México and South American Bank” (1864 – 1867)⁶, entre otros.

Durante el periodo de la Federación (1863-1886) se fundaron varios bancos estatales; uno de los casos más relevantes es el del Banco del Estado Soberano del Cauca, que se creó a partir del 1 de marzo de 1884, como sociedad anónima de capital ilimitado por parte del Estado y limitado para los accionistas particulares, el cual fue nacionalizado en 1982.

Los bancos fundados para la época eran predominantemente regionales y su radio de acción se reducía a unas pocas localidades. Sin embargo, en la década de 1920 se generó una concentración del sistema bancario que generó la reducción de la

³ *Ibíd.*

⁴ Montejo S. y Moreno P., *La privatización de la banca en Colombia*. Cf.: p. 30.

⁵ Cardozo H., *Algunos aspectos sobre el sector financiero y bancos oficiales*. Cf.: pp. 6-8.

⁶ Hernández G., *Intervención estatal y derecho financiero: análisis jurídico económico de la intervención del Estado en el derecho financiero colombiano*. Cf.: p. 7.

banca regional y el control del sistema bancario por parte del Banco de Bogotá, el Banco de Colombia y el Banco Comercial Antioqueño⁷.

El Banco de Bogotá, se creó por autorización otorgada mediante la Ley del 7 de febrero de 1865 y fue fundado en 1870; como incentivo para su creación se le ofrecieron en depósito todos los fondos de crédito interior y exterior de la Nación y se le concedió la posibilidad de cobro de las letras sobre la renta a que tenía derecho el gobierno en la empresa del ferrocarril de panamá; a su turno, el Banco de Colombia, se fundó en 1875⁸.

En Antioquia, la minería del oro les permitió a los empresarios antioqueños la acumulación de capitales que les dio la posibilidad de ejercer una enorme influencia sobre el mercado del crédito doméstico⁹. Así, el Banco de Antioquia fue uno de los más importantes en el siglo XIX y se creó por autorización otorgada mediante la Ley 194 de 1871 fundándose en 1872¹⁰.

Hasta 1887, el principal incentivo a la fundación de entidades bancarias era el principio de la libertad de emisión, que al mismo tiempo constituía una de las razones iniciales para exigir autorización gubernamental para la creación de bancos¹¹. Posteriormente, la Ley 27 de 1887 suspendió la facultad de emitir para los bancos privados y la emisión de billetes paso a ser de monopolio estatal¹².

Por su parte, la Constitución de 1886 introdujo la figura de la intervención económica y, en relación con el sector bancario, en su artículo 120 numeral 17, además de ordenar la organización del Banco Nacional atribuyó al Presidente de la República el ejercicio de la inspección necesaria sobre los bancos de emisión y los demás establecimientos de crédito dentro del marco ordenado por las leyes. De otra parte, mediante la Ley 57 de 1887 el país adoptó el Código de Comercio de Panamá,

⁷ Meisel R., *El Banco de la República, antecedentes, evolución y estructura*. Cf.: p. 3.

⁸ Hernández G., Cf.: Op. cit.: p. 9.

⁹ Meisel R., Cf.: Op. cit.: p. 4.

¹⁰ Rengifo, Cf.: Op. cit.: p. 32.

¹¹ Actualmente la autorización gubernamental previa encuentra su razón de ser en la protección de las obligaciones, de cualquier clase, de las entidades financieras frente a los usuarios.

¹² *Ibíd.* Cf.: p. 36.

que adicionó un título referente al sector bancario, el cual señaló las operaciones que los establecimientos de crédito podían realizar¹³.

Sin embargo, el periodo comprendido entre finales del S.XIX y 1923 fue de gran inestabilidad económica y política, debido a acontecimientos como la guerra de los mil días, la pérdida de Panamá para Colombia y la decadencia del oro. El sector bancario no fue ajeno a este panorama, pues además del cierre de varios establecimientos de crédito, en 1904 tuvo que enfrentar la crisis de los bancos antioqueños calificada como una de las grandes defraudaciones de la época¹⁴. De otra parte, en cuanto a los aspectos jurídico y técnico, la actividad bancaria no contaba con normas definidas, ni con un sistema de control que permitiera hablar de un sistema bancario nacional, de manera que, las entidades bancarias operaban como piezas sueltas dentro de la economía nacional¹⁵.

En 1923 se produce la reforma de nuestro sistema bancario y financiero, producto de lo que conocemos como la misión Kemmerer¹⁶, la cual estuvo fundada en dos principios básicos: la búsqueda de un sistema bancario sólido y un desarrollo organizado en materia bancaria¹⁷. Esta reforma marcó el inicio del esquema bancario actual.

Como resultado de las recomendaciones de la misión Kemmerer se expidieron la Ley 25 de 1923 que creó el Banco de la República y la Ley 45 del mismo año sobre establecimientos bancarios, consolidando una rígida separación entre la banca de emisión -que le corresponde exclusivamente al Banco de la República- y la banca comercial y, organizando los establecimientos bancarios como banca especializada¹⁸.

¹³ Montejo S. y Moreno P., Cf.: Op. Cit., p. 30.

¹⁴ Rengifo, Cf.: Op. Cit., p. 36.

¹⁵ Cardozo H. Cf.: Op. Cit., p. 9.

¹⁶ Por la pérdida de Panamá, Colombia fue indemnizada con veinticinco millones de dólares. El gobierno de los Estados Unidos exigió para su pago una reforma del sistema bancario y financiero existente, en consecuencia, por medio de la Ley 60 de 1922 se autorizó al Gobierno nacional para contratar a una misión de consejeros con el propósito de apoyar al gobierno, liderado por el Presidente Pedro Nel Ospina, en la reforma del sistema financiero, en virtud de la cual se produjo la reforma de 1923. Hernández G. Cf.: Op. Cit., p. 20.

¹⁷ Cf.: *Exposición de motivos Ley 45 de 1923*, p. 1.

¹⁸ Hernández G. Cf.: Op. Cit. p. 26.

De otra parte, la Ley 45 de 1923 al fijar la estructura bancaria colombiana precisó el rol del Estado frente a la actividad bancaria, el de los agentes que prestan servicios financieros y el de los usuarios. En cuanto al primero, consolidó su función de vigilancia y reiteró la necesidad de permiso o autorización estatal para la constitución de la personalidad bancaria, por conducto de la Superintendencia Bancaria; en cuanto a los segundos, incluyó el cumplimiento de condiciones de idoneidad, profesionalismo y experiencia por parte de las personas interesadas en dedicarse a la actividad financiera, así como una serie de restricciones y limitaciones en relación con el ejercicio de su actividad y su sometimiento al control y vigilancia del Estado; y en cuanto a los terceros, estableció la racionalidad del inversionista que confía sus ahorros al sector bancario¹⁹.

En general, dicha Ley consagró principios ortodoxos con un marco equilibrado de responsabilidades entre los diferentes actores del sistema financiero y afianzó la intervención gubernamental en dicho sector, especialmente a través de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, creada como la entidad estatal encargada de ejercer el control y vigilancia de su actividad, con la facultad discrecional de conceder o rechazar los permisos de funcionamiento. En razón a estas facultades, se empezó a hablar en Colombia del ejercicio de una alta potestad de policía frente a la actividad bancaria²⁰.

Este esquema intervencionista respondía al contexto histórico de la época, en donde las corrientes del pensamiento procuraban armonizar los casi absolutos derechos individuales con el interés público que exigió su primacía sobre el interés privado. En este sentido, los establecimientos bancarios no se consideraron como simples asociaciones de la industria privada, sino como instituciones cuasi públicas llamadas a cumplir importantísimas funciones sociales de la mayor y decisiva influencia respecto de la suerte de la colectividad²¹; razón por la cual, el Estado debía

¹⁹ Ibáñez N., cf.: *Ley 45 de 1923, primeras reformas a la Ley orgánica del Banco de la República y revisión de constitucionalidad de las mismas*, s.p.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

vigilar que su actividad no afectara los intereses de la comunidad, argumento vigente que respalda las facultades de intervención del Estado en el sistema Financiero.

1.1.1 Creación de establecimientos de crédito de carácter estatal con posterioridad a la reforma del sector financiero de 1923

Además de la intervención estatal a través del control y la vigilancia al sector financiero, el Estado decidió intervenir directamente en el sector bancario prestando servicios bancarios por medio de establecimientos de crédito de naturaleza pública, incluyendo las instituciones oficiales especiales o banca de segundo piso, creados con posterioridad a la reforma de 1923.

Dichos establecimientos tienen como objetivo esencial canalizar recursos hacia los sectores y grupos carentes de otras fuentes de recursos o en promover determinados sectores de desarrollo como parte de la política económica del Estado.

Es el caso del Banco Agrícola Hipotecario creado por autorización de la Ley 68 de 1924, destinado a facilitar préstamos sobre hipoteca con reembolso a largo plazo. El propósito de su creación fue financiar la adquisición de tierras y fomentar las actividades de las cooperativas agrícolas. Debido a los problemas presentados en dicha Institución, se expidió la Ley 57 de 1931, que dispuso, de una parte, la constitución de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y de otra parte, la creación de la Caja Colombiana de Ahorro, como institución de promoción y captación de ahorro. El pago de las acciones de la primera y la constitución de la totalidad del capital de la segunda, se realizó, por disposición de la Ley, con el producto de utilidades del Banco de la República²².

Con la misma perspectiva de fomentar determinados sectores de la economía, también se crearon instituciones como el Banco Central Hipotecario, previa autorización contenida en el Decreto 711 de 1932, como sociedad anónima de Economía mixta, con el fin de absorber deudas hipotecarias contraídas a favor de los bancos hipotecarios existentes en la fecha y de financiar la industria de la

²² Meisel R. Cf.: Op. Cit. s.p.

construcción; el Instituto de crédito territorial creado mediante el Decreto Ley 200 de 1939 y modificado mediante el Decreto Ley 1579 de 1942; y el Instituto de fomento industrial creado mediante el Decreto Ley 1157 de 1940, con el fin de apoyar el desarrollo industrial colombiano²³.

Luego, durante la segunda mitad del siglo XX, diversos sectores de la economía, incluyendo la industria, la agricultura y la ganadería exigían el incremento de recursos financieros en condiciones amplias de plazo y a buenos costos. En consecuencia, en la década de los cincuenta surgieron instituciones cuya finalidad era el apoyo al desarrollo sectorial²⁴. Es el caso del Banco Cafetero creado mediante el Decreto Extraordinario 2314 de 1953, con capital público, y los Bancos Popular y Ganadero creados mediante la Ley 7 de 1951 y el Decreto 921 de 1956 respectivamente, que funcionaron con capital público y privado.

Por su parte, el Banco de la República, a través de operaciones de redescuento también asumió labores de fomento. En este sentido, el Decreto 384 de 1950 autorizó a los bancos comerciales para otorgar préstamos hasta con cinco años de plazo, destinados a la construcción y ensanche de obras de fomento económico, los cuales se redescataban en el Banco de la República a una tasa de interés inferior a la fijada para las operaciones comerciales, y el Decreto 756 de 1951 otorgó al Banco de la República facultades para fijar un cupo especial para el descuento de operaciones consideradas de fomento²⁵.

La Junta Monetaria creada en 1963, fue el organismo encargado de decidir en materia de crédito de fomento respecto a asuntos como: la creación de nuevos fondos o cupos de redescuento, el origen de sus recursos, los sectores escogidos y las condiciones financieras de los préstamos. Este organismo creó fondos de redescuento

²³ Hernández G. Cf.: Op. Cit. p. 30.

²⁴ Meisel R. Cf.: Op. Cit., s.p.

²⁵ Sin embargo, para mitigar el peligro que representaba la financiación creciente con recursos de emisión, en 1957 se expidió el Decreto Ley 336 mediante el cual se crearon las corporaciones financieras, con el propósito, entre otros, de dar respuesta a los requerimientos del sector industrial en lo atinente a recursos de mediano y largo plazo y, posteriormente, mediante el Decreto 678 de 1972 se crearon las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, con el fin de canalizar el ahorro privado captado hacia el sector de la construcción. Cf.: Salgar y Moreno P., *La privatización de la banca en Colombia*, p. 30.

administrados por el Banco Central, como por ejemplo: el fondo financiero agrario (1966), que más adelante sería reemplazado por el fondo financiero agropecuario (1973), el fondo de promoción de exportaciones (1967), el fondo financiero industrial (1968) y el fondo de capitalización empresarial (1983)²⁶.

En la década de los noventa, el Gobierno y la Junta Monetaria decidieron que los fondos financieros que venía administrando el emisor debían desligarse de las actividades propias del Banco Central. Para sustituir el fondo financiero agropecuario, mediante la Ley 16 de 1990 se creó FINAGRO como sociedad de economía mixta del orden nacional y para sustituir el Fondo de Promoción de exportaciones, mediante la Ley 7 de 1991 se creó BANCOLDEX como sociedad anónima de economía mixta del orden nacional. La administración de los demás fondos financieros pasó al IFI, corporación financiera de capital mixto, el cual a partir de 1995 se transformó en banco de segundo piso, asumiendo el papel de institución de redescuento que antes cumplía el Banco de la República²⁷.

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 371, 372 y 373 de la Constitución Política de 1991, el Banco de la República deja de lado el papel de banquero para operaciones de fomento y se concentra en su función de banquero central, que facilita recursos en calidad de prestamista de última instancia para las entidades crediticias, esencialmente por medio de operaciones de corto plazo, de manera que, se desmontan los fondos que manejaban los créditos de fomento en dicha Institución.

Sin embargo, las operaciones de redescuento sobre créditos considerados de fomento para ciertos sectores económicos, continuaron realizándose por los llamados bancos de redescuento o banca de segundo piso, que son establecimientos de crédito directamente autorizados por la Ley y por sus estatutos para realizar este tipo de actividades²⁸.

²⁶ Meisel R. Cf.: Op. Cit. s.p.

²⁷ Del Castillo D. *Curso de moneda y banca*. Cf.: p. 105.

²⁸ Delgado C. y Gómez S. *El contrato de redescuento y las entidades que desarrollan la actividad de banca de segundo piso en Colombia*. Cf.: p. 29.

Como ejemplo de entidades estatales de rescate encontramos: i) BANCOLDEX (Decreto 25 de 1991), sociedad de economía mixta que financia la actividad de comercio exterior, ii) el Instituto de Fomento Industrial IFI (creado por Decreto 1157 de 1940 y liquidado mediante Decreto 2590 de 2000) sociedad de economía mixta cuyo objeto era el financiamiento de la actividad nacional industrial, iii) FINAGRO (Ley 16 de 1990), sociedad de economía mixta cuyo objeto es el financiamiento de actividades del sector agropecuario, iv) FINDETER (Ley 57 de 1989), empresa industrial y comercial del Estado, que tiene por objeto el financiamiento de proyectos de infraestructura; v) la Financiera de Desarrollo Nacional -antes FEN- (creada por autorización de la Ley 11 de 1982 y modificada mediante el Decreto 4174 de 2011) sociedad de economía mixta que tiene por objeto promover y financiar proyectos de inversión en todos los sectores de la economía²⁹.

1.1.2 Nacionalización y oficialización de establecimientos bancarios privados

En la década de los ochenta, cuando el sector financiero registró la crisis de entidades financieras como consecuencia de operaciones fraudulentas por parte de sus directivos, el Gobierno Nacional decidió intervenir por intermedio de los entes de control del sector³⁰. Además, mediante la Ley 117 de 1985 se creó el FOGAFIN, encargado de capitalizar o suministrar recursos para el salvamento de entidades financieras, y en virtud del Decreto Legislativo 2920 de 1982 se aumentó la vigilancia del Estado sobre el sector financiero y se introdujo la medida de la nacionalización para entidades con pérdida extrema de liquidez³¹.

Entonces, la nacionalización y oficialización de establecimientos de crédito de carácter privado, nacen como respuesta del Gobierno a la crisis que sufrió el sector financiero colombiano en la década de los ochenta, y que generó, entre otras cosas, el quebranto patrimonial de innumerables entidades integrantes del sector financiero.

²⁹ *Ibidem*. Cf.: p. 53.

³⁰ Hernández G. Cf.: Op. Cit. p. 38.

³¹ Cardozo H. Cf.: Op. Cit. p. 107.

En cuanto a la nacionalización, el Decreto Legislativo 2920 de 1982, dictado durante el estado de emergencia económica y social, en su artículo 4 la definió en los siguientes términos:

*(...) Actuación del gobierno por medio de la cual asume la administración de una institución financiera, en uso de la facultad de intervención y adquiere la posibilidad de participar en su capital en condiciones especiales evitando que los responsables de prácticas ilegales o inseguras se beneficien de su apoyo*³².

Al respecto, Rengifo afirma que tal definición es impropia, pues en realidad el alcance de dicha figura se delimita en el artículo 12 del Decreto 2920, el cual establece que la nación podrá adquirir las acciones de los accionistas de la entidad que se nacionaliza. Por lo tanto, para que realmente haya nacionalización el gobierno debe expropiar a los accionistas y pagarles la correspondiente indemnización, no basta la mera intervención y subsiguiente administración³³.

Esta medida no pretende ser definitiva. La intención no es estatizar el sector financiero, de manera que, la nación puede vender sus acciones a particulares, cuando la entidad haya logrado el proceso de recuperación económica, de lo contrario, es preciso su desmonte gradual.

Por su parte, la oficialización opera cuando una institución financiera entra a ser administrada por el Estado a través del Fondo Nacional de Garantías. Esta operación encuentra sustento legal en la Ley 117 de 1985 que en su artículo 7 señaló como parte del objeto social del Fondo: “*Participar transitoriamente en el capital de las instituciones inscritas*”³⁴ y tiene como propósito capitalizar y sanear el sistema financiero.

En la oficialización, el Estado adquiere acciones de la institución financiera y puede convertirse en su accionista mayoritario, entonces dicha institución adquiere el carácter de oficial porque el Estado tiene el control de la misma a través de la

³² Véase el Decreto Legislativo 2920 de 1982, artículo 4.

³³ Rengifo. Cf.: Op. Cit. p. 268.

³⁴ Véase Cardozo H. Cf.: Op. Cit. p. 118.

operación descrita. Sin embargo, la propiedad de las acciones de instituciones financieras por parte del Fondo Nacional de Garantías es transitoria, de manera que una vez saneada la entidad se diseñan los mecanismos para vender las acciones en su poder.

La nota diferenciadora entre la nacionalización y la oficialización es que en la primera la propiedad deja de pertenecer a los antiguos propietarios particulares pasando al Estado, mientras que en la segunda el ente pasa del sector privado al público pero no en propiedad sino en administración³⁵.

No obstante, el propósito común de estas medidas, es recuperar la confianza del público para que invierta en el sector financiero y garantizar el buen manejo de los recursos de los ahorradores.

De lo expuesto hasta el momento, podemos evidenciar dos situaciones: primero, la intervención del Estado en el sector bancario a través de la vigilancia y control a la actividad de los establecimientos bancarios y segundo, la intervención directa a través de los siguientes mecanismos: i) la creación de establecimientos de crédito de carácter estatal o de instituciones oficiales especiales de redescuento, ii) la nacionalización u oficialización de entidades originalmente particulares.

En cuanto a la intervención a través de la vigilancia y control, podemos afirmar que la actividad bancaria se ha desarrollado desde sus inicios, en mayor o menor medida bajo tutelaje gubernamental, en un contexto en el cual se ha reconocido que los establecimientos bancarios desempeñan funciones de interés público así sea bajo una estructura propia del derecho privado. Es decir, se le ha asignado al Estado la responsabilidad respecto del desenvolvimiento y la estabilidad de los sistemas bancarios y por eso se ha dotado de los instrumentos de regulación necesarios para hacer eficaz la intervención pública sobre el mercado del ahorro y el crédito.

Actualmente, la Constitución de 1991 en sus artículos 150-8, 19-25, 189-24-25 y 335 señala que la actividad financiera debe ser regulada, inspeccionada, vigilada

³⁵ *Ibidem*. Cf.: p. 116.

y controlada e intervenida por el Estado en las condiciones y con los requisitos de las disposiciones constitucionales³⁶.

En relación con la intervención a través de la creación de establecimientos de crédito de carácter estatal e instituciones oficiales especiales de redescuento, ha estado impulsada principalmente por las necesidades de financiación que históricamente han requerido determinados sectores de la economía colombiana, como la pequeña agricultura, el sector cafetero y algunos sectores de la industria, la minería y la vivienda, entre otros. Es decir que, dichos establecimientos nacieron con un criterio de fomento que los separa de lo que tradicionalmente han realizado los bancos comerciales.

De otra parte, la nacionalización y oficialización se han implementado como reconocimiento de la actividad bancaria como una actividad de interés público que tiene incidencia directa en la estabilidad de la economía nacional.

El objeto de la presente investigación corresponde a los establecimientos de crédito de carácter estatal e instituciones oficiales especiales de redescuento, con el propósito de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a su gestión contractual. Como mencionamos al inicio del presente capítulo, conocer el contexto de su creación nos permite, entre otras cosas, comprender la finalidad a la que pretende responder el régimen jurídico que les ha sido impuesto en materia de contratación.

1.2 Naturaleza jurídica de los establecimientos de crédito estatales y las instituciones oficiales de redescuento

Los establecimientos de crédito estatales y las instituciones oficiales de redescuento, son entidades pertenecientes al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del Estado, encargadas de realizar una actividad económica, que consiste, sin limitarse, en la promoción, apoyo y financiación de ciertos sectores de la economía, y pueden estar constituidas con aportes exclusivamente públicos o con el concurso de los aportes de los particulares.

³⁶ *Constitución Política de Colombia*, 1991. Cf: artículos 150-8, 19-25, 189-24-25 y 335.

La Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en su artículo 38 consigna una lista enunciativa de las entidades y organismos que conforman el sector descentralizado por servicios, dentro de las que se encuentran, entre otras, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta y las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público³⁷.

Dichas categorías comparten el concepto de “actividad económica”, y los establecimientos de crédito de carácter estatal podrían crearse bajo la naturaleza jurídica de cualquiera de ellas.

En cuanto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 señala que son entidades públicas creadas por la Ley o autorizadas por ésta, con personería jurídica y por lo tanto con autonomía administrativa y financiera, que desarrollan actividades de naturaleza industrial, comercial o de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado. En relación con el régimen de sus actos y contratos dicha Ley establece, en su artículo 93, que los actos expedidos para el desarrollo de su actividad propia, la cual es de carácter industrial, comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del derecho privado y, los contratos celebrados para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación³⁸.

Adicionalmente, estas entidades, como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación. No obstante, si por razón de su objeto se encuentran en competencia con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen

³⁷ Ley 489 de 1998, Cf.: artículo 38.

³⁸ *Ibidem*. Cf.: artículos 85 y 93.

menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas³⁹.

En cuanto a las sociedades de economía mixta, la Ley 489 las define en su artículo 97 como organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley⁴⁰.

Originalmente, dicha norma establecía que para considerarse como sociedad de economía mixta, la participación del Estado no podía ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado. Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-953 de 1999⁴¹, en la cual consideró que la naturaleza de carácter mixto surge siempre que la composición de capital sea en parte de un ente estatal, sin importar en que porcentaje.

No obstante, según lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 del Estatuto General de Contratación Estatal, se consideran sociedades de economía mixta, para efectos de la aplicación de dicho Estatuto, las entidades en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), disposición que fue declarada executable mediante Sentencia C – 629 de 2003⁴². Es decir que, el régimen de las sociedades de economía mixta, que por principio se encuentra sometido al derecho privado conoce una excepción consistente en que cuando el aporte estatal es superior al 50% del capital de la respectiva sociedad se aplican, para efectos de contratación, las reglas que para el efecto consagra el Estatuto General de Contratación Pública.

En relación con las sociedades entre entidades públicas, Ibáñez Najar las define como entidades públicas creadas mediante contrato de sociedad celebrado entre entidades públicas debidamente autorizadas por la Ley, con personería jurídica

³⁹ Ibídem. Cf.: artículo 87.

⁴⁰ Ibídem. Cf.: artículo 97.

⁴¹ Corte Constitucional. Cf.: [Sentencia C-953 del 1 de diciembre de 1999](#).

⁴² Corte Constitucional, Cf.: Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003.

y, por lo tanto, con autonomía administrativa y patrimonial que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley⁴³.

A su vez, en cuanto al régimen de los contratos de las entidades antes señaladas, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 14 establece que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las sociedades entre entidades públicas con participación del Estado superior al 50% que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional, desarrollen su actividad en mercados regulados o sean de las entidades exceptuadas en el sector defensa, se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial sin desconocer los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política⁴⁴.

Sin embargo, a pesar de dicha regla general, el legislador dispuso expresamente un régimen de excepción en materia de contratación con relación a las entidades financieras de carácter estatal, las cuales, como hemos señalado, pueden constituirse bajo cualquiera de las categorías jurídicas que hemos mencionado hasta el momento, es decir, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta o sociedad entre entidades públicas, pero también como instituciones de naturaleza especial por fuera de las categorías enunciadas en la Ley.

El régimen de excepción para las entidades financieras estatales se desprende de lo consignado en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que señala que los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación⁴⁵.

El régimen excepcional de dichas entidades en materia de contratación, encuentra sustento en la realización de su actividad de gestión económica en competencia con el sector privado. No obstante, tal situación y la remisión expresa al

⁴³ Ibáñez N. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Cf.: p. 270.

⁴⁴ Comparar Ley 1150 de 2007, artículo 14.

⁴⁵ *Ibidem*. Artículo 15.

derecho privado, no resultan incompatibles con la aplicación de algunas disposiciones de derecho público que atienden a la preservación del interés general y el buen manejo de los recursos públicos.

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 691 de 2007 al referirse al régimen jurídico aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado - cuyas consideraciones pueden extenderse a las demás entidades encargadas de actividades de gestión económica -, señaló que su creación encuentra sustento en los mandatos superiores según los cuales el Estado debe intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, asegurar que todas las personas tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, y promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población que son finalidades sociales del Estado según lo dispone el artículo 366 de la Carta Política.

En la misma oportunidad, el Alto Tribunal señaló que las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas a los principios enunciados en el artículo 209 constitucional, que son los principios “propios del quehacer administrativo público y del ámbito del derecho público; los cuales no pueden predicarse ni todos, ni con la misma intensidad y profundidad en relación con las actividades de los particulares”⁴⁶.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a dichas entidades, la Corte Constitucional concluyó en la Sentencia en mención, que se trata de un régimen especial que cobija tanto el derecho público como el derecho privado, pues, aunque por razón de su objeto, dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas sus actos se rigen por el derecho privado, no por ello se elimina su naturaleza jurídica de entidad pública, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público, es decir, su régimen cobija ambas modalidades.

⁴⁶ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C - 691 del 5 de septiembre de 2007.

Adicionalmente, el Alto Tribunal Constitucional en la sentencia C-629 de 2003, al referirse al régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, señaló que las entidades públicas deben ser evaluadas de acuerdo con sus características identificadoras. En ese sentido, manifestó que no aplican los mismos parámetros de evaluación cuando se trata de empresas económicas, industriales y comerciales de propiedad del Estado o cuando se trata de entidades encargadas de funciones administrativas propiamente tales.

Lo anterior, porque si bien los fundamentos constitucionales del régimen de la acción del Estado y de sus entidades públicas son diferentes de los que sirven como soporte a la actividad de los particulares, se busca mayor flexibilidad y eficacia de la gestión estatal a través de la sujeción de las entidades públicas que cumplen funciones de gestión económica a las disposiciones del derecho privado, sin que esto signifique enervar el cumplimiento de las finalidades estatales propias definidas en la Constitución y la Ley⁴⁷.

De lo expuesto podemos concluir que, cuando el Estado desarrolla actividades de naturaleza industrial o comercial, las cuales escapan de las funciones típicamente administrativas, acepta someterse al derecho que regula dichas actividades, es decir, el derecho privado, pero continúa actuando como Estado y no abandona del todo los deberes consagrados en las normas de derecho público, no obstante, como está participando en el campo propio de la iniciativa privada, se busca que en tales casos goce de la autonomía que caracteriza la actividad de los particulares.

Es el caso de los establecimientos de crédito estatales, incluyendo las instituciones oficiales especiales, los cuales desarrollan su objeto en un campo comercial de gestión económica, pero sin desprenderse de su naturaleza de entidad pública ni de la finalidad con la cual fueron concebidas, esto es, apoyar la política económica del Estado en la promoción de ciertos sectores de la economía y/o proteger el interés público que reviste la actividad financiera. Por lo tanto, tales entidades se someten tanto a las reglas del derecho bancario como a las reglas del derecho público impuestas para el funcionamiento de las entidades públicas y, aunque

⁴⁷ Corte Constitucional. Cf. Sentencia C - 629 del 29 de julio de 2003.

de ordinario resuelven y tramitan sus asuntos al igual que los establecimientos privados, pueden también en algunas ocasiones quedar sometidos al régimen del derecho público.

1.3 Los establecimientos de crédito según la legislación financiera

Los establecimientos de crédito de carácter estatal están sujetos a la normatividad propia de las instituciones financieras y deben someterse a sus reglas al igual que los particulares⁴⁸, por lo tanto, es fundamental establecer el alcance de su actividad según el derecho bancario; incluso varias de tales entidades están reguladas directamente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴⁹.

En general, sobre los establecimientos de crédito, el artículo segundo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero los define como las instituciones financieras cuya principal función consiste en captar recursos del público en depósitos, a la vista o a término para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito⁵⁰; es decir, que se dedican a movilizar recursos económicos entre las unidades económicas con superávit y aquellas con escasez de recursos.

En cuanto a su forma Jurídica, de conformidad con los artículos 53 y 215 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos de crédito deben constituirse como sociedades anónimas comerciales o sociedades cooperativas, con excepción de los bancos del exterior que operen en el país por medio de sucursales,

⁴⁸ De conformidad con los artículos 85, 93 y 97 de la Ley 489 de 1998 las entidades descentralizadas que desarrollan actividades industriales, comerciales o de gestión económica desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado. Además, el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 establece que los contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

⁴⁹ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero regula el funcionamiento de las siguientes entidades: Fonade (artículo 286 y ss), Banco de Comercio Exterior (artículo 279 y ss), Icetex (artículo 277 y ss), Findeter (artículo 268 y ss), Financiera de Desarrollo. Nacional (artículo 258 y ss) Fondo Nacional de Garantías (artículo 240 y ss).

⁵⁰ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Cf.: artículo 2.

las cuales podrán operar bajo la forma jurídica que tengan⁵¹. En todo caso, para empezar a desarrollar su objeto social necesitan el Certificado de autorización expedido por el Superintendente Financiero.

La capacidad legal de los establecimientos en mención, está determinada por su objeto, el cual está demarcado por la Ley, que lo restringe a la realización de los actos mediatos e inmediatos de la empresa bancaria, so pena que los actos jurídicos que desborden dicha limitación adolezcan de nulidad. Es decir que, a diferencia de las demás personas jurídicas –en las cuales el objeto social es de libre estipulación por parte de los asociados– quienes pueden incluir en él cualquier actividad lícita, los establecimientos de crédito no pueden exceder los límites de la actividad financiera, en los términos definidos por la Ley.

En cuanto a la determinación de las actividades autorizadas a los establecimientos de crédito, Martínez Neira explica que, antes de la Ley 45 de 1990 tal determinación era exhaustiva y detallada, pero con la expedición de dicha Ley se dio paso a un esquema legal con definiciones más amplias, otorgándoles una cláusula general de competencia en asuntos bancarios y financieros⁵².

La cláusula general de competencia faculta a los establecimientos de crédito para llevar a cabo actividades u operaciones que sin corresponder estrictamente a las que la Ley suele relacionar, forman parte del giro ordinario de sus negocios, por su propia entidad o naturaleza, sin necesidad de autorización previa y general de la Superintendencia Financiera, cuyo pronunciamiento solo ocurre *ex post* y solo puede suspender la prestación de dicha actividad en caso de que establezca que la misma representa una desviación del marco propio de su actividad o, existen razones de política monetaria o crediticia que así lo recomiendan.

Dicha cláusula general tiene como propósito evitar la creación de instituciones ajenas al sector financiero formal y su atomización. En ese sentido, el legislador en la exposición de motivos de la Ley 45 de 1990 señaló:

⁵¹ Sin embargo, existen Instituciones Oficiales Especiales constituidas bajo otras formas jurídicas, es el caso de Fonade constituida como Empresa Industrial y Comercial del Estado (Decreto 2168 de 1992), y del Icetex constituido como entidad financiera de naturaleza especial (Ley 1002 de 2005).

⁵² Martínez N. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*. Cf.: p. 263.

(...) las operaciones y servicios financieros de carácter novedoso podrán prestarse en lo sucesivo por los establecimientos de crédito, asignándoles de esta manera una cláusula general de competencia para que cualquier innovación pueda ser acometida por ellos, sin perjuicio de las facultades de control que a este respecto corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria. De esta suerte, podría decirse hacia el futuro que el advenimiento de nuevas operaciones financieras en nuestro mercado no se verá acompañado de la constitución de nuevos tipos de instituciones financieras, como ha venido ocurriendo hasta la fecha⁵³

Ahora bien, como claramente explica Rengifo, el centro de actividad de la banca comercial se encuentra en los depósitos y los préstamos en sus distintas formas. A través de los depósitos las instituciones recogen dinero de aquellas personas que momentáneamente no lo necesitan. Al recibir esos dineros el banco asume la posición de deudor, es decir la de sujeto pasivo de la relación obligacional y los depositantes la de sujetos activos. Esto es lo que se identifica como operación bancaria pasiva. Con el dinero recogido a través de los depósitos, más el constituido por el capital y las reservas, los bancos atienden las necesidades del crédito: prestan el dinero a través de contratos de préstamo en diversas modalidades. Al prestar el dinero, los bancos son los sujetos activos de la relación obligacional y los terceros que obtienen el crédito el sujeto pasivo, configurándose las operaciones activas de los bancos⁵⁴.

Finalmente, es importante mencionar que, los establecimientos de crédito en el desarrollo de su actividad, están sujetos a unas prohibiciones o limitaciones inspiradas en razones preventivas de carácter prudencial para proteger el dinero público, las cuales tienen como propósito que los bancos mantengan un alto grado de liquidez, lo cual es imposible de realizar con inversiones difícilmente realizables y de grandes riesgos para la economía o con la concentración de los préstamos en pocos deudores.

⁵³ *Ibidem*, p. 306.

⁵⁴ Rengifo. Op. Cit. Cf.: p. 99.

1.3.1 Clasificación de los establecimientos de crédito

Con relación a los establecimientos de crédito existen diferentes criterios de clasificación; por ejemplo, el origen de su capital, el sector económico donde llevan a cabo sus actividades, y la clasificación legal que consagra la legislación financiera.

Por el origen de su capital se clasifican en: i) establecimientos de crédito privados: constituidos con aportes o capital de particulares exclusivamente y, ii) establecimientos de crédito estatales: su capital está formado con aportes del Estado, bien sea en su totalidad o en algún porcentaje de participación.

De otra parte, los establecimientos de crédito se clasifican de acuerdo con el sector económico específico donde llevan a cabo sus actividades, lo que les otorga un perfil propio. De esta manera, se distingue entre la banca comercial, la de fomento o inversión, la hipotecaria, la de ahorro y vivienda, industrial, agraria, ganadera, de comercio exterior, entre otras. Esta clasificación encuentra sustento y justificación en los diversos sectores de la economía que las distintas entidades crediticias irrigan, financieramente hablando⁵⁵.

Al respecto, Rengifo señala que la distinción más antigua que se hace en el campo bancario es entre banca comercial y banca de inversión; la primera se dedica a préstamos a corto plazo que no superan el periodo de un año y la segunda otorga préstamos a mediano y largo plazo; aunque, señala que en Colombia es posible que la banca comercial atienda crédito de inversión o de fomento por imposición gubernamental, no por voluntad propia⁵⁶.

Finalmente, el ordenamiento legal clasifica los establecimientos de crédito de conformidad con las operaciones que puedan realizar, asignándole a cada categoría una porción del mercado. Así, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 2 numerales 2 a 6 identifica las siguientes categorías: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda⁵⁷,

⁵⁵ Superintendencia Financiera, concepto con radicado número 90014695-0 de 1990. Cf.: p. 2.

⁵⁶ Rengifo. Cf.: Op. Cit., p. 46.

⁵⁷ A las Corporaciones de Ahorro y Vivienda se les dio la naturaleza de bancos comerciales mediante la Ley 546 de 1999.

compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras, las cuales tienen las siguientes características relevantes⁵⁸:

a. Establecimientos bancarios. Se caracterizan por su capacidad de captar recursos del público a través del contrato de cuenta corriente bancaria y depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito. Estos a su vez pueden ser bancos hipotecarios o bancos comerciales, dependiendo de si las operaciones crediticias se garantizan con bienes inmuebles.

b. Corporaciones financieras. Se caracterizan por captar recursos a término a través de depósitos o de instrumentos de deuda a plazo con el fin de realizar operaciones activas de crédito. Su objeto consiste en fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas, a través de financiación para la adquisición de activos fijos para la industria y efectuar inversiones de capital semilla.

c. Compañías de financiamiento comercial. Su principal función es captar recursos a término con el objeto de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing. Realizan operaciones de intermediación similares a los bancos comerciales, pero por regla general no están facultadas para aceptar depósitos a la vista, ni realizar operaciones de comercio exterior.

d. Cooperativas financieras. Su objeto es la actividad de intermediación financiera en los términos y modalidades previstos por el artículo 47 de la Ley 454 de 1998 que consagra las operaciones autorizadas a las cooperativas financieras, bajo la naturaleza jurídica de entidad cooperativa, regulada por las disposiciones de la Ley 79 de 1988.

1.3.2 La actividad bancaria, su alcance y especialidad

En suma, la intermediación financiera es el núcleo esencial de la actividad de los establecimientos de crédito. Al respecto, Ibáñez Najjar señala que dicha

⁵⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Cf.: artículo 2.

intermediación consiste en la captación de recursos del público, de manera masiva, habitual y con carácter profesional mediante operaciones pasivas de crédito, con el objeto de colocarlos mediante operaciones activas de crédito, lo cual genera un margen de intermediación, con el cual asumen los costos en que incurren y las utilidades o pérdidas que les reporta su actividad⁵⁹. Esta definición sobre la intermediación financiera, que se concreta a través de la realización de operaciones de crédito, es la que recoge la Ley y acepta la doctrina, tal como veremos a continuación.

En ese sentido, Joaquín Rodríguez Rodríguez define las operaciones de crédito como el mecanismo para realizar la transmisión actual de propiedad por el acreedor en favor del deudor para que la contrapartida del deudor al acreedor se efectúe posteriormente, dicha contrapartida debe ser de un valor económicamente equivalente y no de la misma cosa, individualmente considerada, que fue objeto de la transmisión inicial⁶⁰.

A su vez, Cervantes Ahumada define las operaciones activas de crédito como aquellas por medio de las cuales el banco concede crédito a sus clientes (préstamos, descuentos, apertura de créditos) y operaciones pasivas como aquellas por las cuales se allega de capitales (depósitos irregulares, colocación de obligaciones a cargo del banco)⁶¹.

Rengifo toma como ejemplo de operaciones activas de crédito las siguientes: préstamos, que pueden estar constituidos por un mutuo, por la apertura de crédito, sobregiro, descuento de títulos valores, las aceptaciones bancarias, la expedición de cartas de crédito, los préstamos hechos a través de tarjetas de crédito, y los avales y garantías que puede dar el banco de obligaciones de terceros⁶².

Y como ejemplo de operaciones pasivas de crédito, Rengifo identifica las siguientes: el depósito irregular que puede provenir de un contrato de cuenta corriente bancaria, de un depósito a término, o de un contrato de depósito en cuenta de ahorro,

⁵⁹ Ibáñez N. *El tratamiento constitucional de la actividad financiera*. Cf.: p. 76.

⁶⁰ Rodríguez R. *Derecho bancario. Introducción, parte general, operaciones pasivas*. Cf.: p. 13.

⁶¹ Cervantes A. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Cf.: p. 209.

⁶² Rengifo. Op. Cit.: pp. 100-111.

la venta de letras de cambio, la emisión de bonos, y la “securitización” (venta de cartera con un diseño especial).

Así mismo, en cuanto a las operaciones neutras o de servicios, las cuales no tienen que ver directamente con la obtención del dinero, ni con su préstamo, sino fundamentalmente con la prestación de algunos servicios auxiliares a la intermediación propia de la actividad bancaria, Rengifo toma como ejemplo: cobrar deudas, hacer pagos y traspasos, compra y venta de oro y monedas, actividades fiduciarias, recibir bienes muebles en depósito para custodia, arriendo de cajas de seguridad, pago de servicios públicos, de impuestos, de contribuciones de seguridad social, venta de cheques de viajero, etcétera⁶³.

El beneficio del banco en las realización de las operaciones de crédito consiste en la diferencia existente entre el interés que paga en la operación pasiva y el interés que cobra en la operación activa; mientras que en las operaciones neutras la retribución del banco consiste en una comisión de carácter fijo o personal, según el tipo de operación de que se trate⁶⁴.

Ahora bien, las operaciones bancarias revisten características particulares que las diferencian de los contratos de mutuo o depósito realizados entre particulares que no tienen la condición de establecimientos de crédito. Así, podemos la doctrina ha atribuido como características relevantes de las operaciones bancarias las siguientes:

a. Profesionalidad: se realizan por entidades altamente especializadas, de manera masiva y habitual. Al respecto, Díaz Ramírez señala que las operaciones bancarias se realizan profesionalmente como fuente constante de lucro en una serie ininterrumpida de operaciones iguales e interdependientes⁶⁵.

Por su parte, Garrigues destaca que el prestigio de profesionalidad del que goza la banca es el que le otorga credibilidad, pues, se presume su eficacia, solvencia y trascendencia, lo que genera la confianza de la comunidad y le permite ofrecer un producto o servicio bajo unas condiciones preestablecidas⁶⁶.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Rengifo. *Op. Cit.* Cf.: p. 100.

⁶⁵ Díaz R. *Contratos bancarios*. Cf.: pp. 2-11.

⁶⁶ Garrigues. *Contratos bancarios*. Cf.: p.10.

b. Adhesividad: Morales Casas señala que, el establecimiento bancario fija las condiciones del contrato a través del cual se realizan las operaciones bancarias y la otra si decide participar debe aceptarlo o rechazarlo en su totalidad⁶⁷.

c. Personalísimas: para Morales Casas las operaciones bancarias se ejecutan teniendo en cuenta la persona concreta y determinada frente a la cual se actúa. Esto opera tanto por parte del banco frente a sus clientes como al revés, teniendo en cuenta varios factores como, su respaldo efectivo, solvencia y amplitud de servicios⁶⁸.

Otro aspecto relevante con relación al desarrollo de la actividad bancaria es la función social de su actividad económica. Sobre el tema Barbier explica que lo siguiente:

(...) la actividad bancaria no es una mera actividad económica con genéricos reflejos sociales, sino que reconoce una marcada impronta publicista y una disciplina especial, en tanto la gestión empresarial es el conducto para el desarrollo de fines institucionales: la tutela del ahorrista y la función crediticia con relación a las exigencias del desarrollo del sistema económico⁶⁹.

Barbier agrega que, es la intermediación bancaria la que moviliza el ahorro de la sociedad, viabiliza la distribución de recursos financieros en diferentes sectores de la comunidad y mantiene fluido el sistema de pagos dentro de la economía.

No obstante, Barbier también reconoce que los bancos, como empresa, se enfrentan a determinados riesgos y deben buscar mecanismos para mitigarlos o eludirlos. Así, una entidad financiera afronta distintas fases de riesgo como: una equivocada evaluación del mercado, una oferta insuficiente de servicios, el desconocimiento del perfil de la clientela o una elaboración confusa de las operaciones, entre muchas otras. En este contexto, las entidades bancarias, por ejemplo, pueden elegir su clientela para negociar con ella según convenga a sus

⁶⁷ Morales C. *Fundamentos de la actividad y negocios bancarios análisis institucional legal y operativo de la banca y su entorno*. Cf.: p. 442.

⁶⁸ *Ibidem*. Cf.: p. 440.

⁶⁹ Barbier. *Op. Cit.* Cf.: p. 8.

intereses; negar los servicios requeridos e imponer mayores exigencias si lo consideran conveniente, etcétera⁷⁰.

1.3.3 Las actividades bancarias conexas

Además de la ejecución de las operaciones propias de su actividad financiera, los establecimientos de crédito tienen la capacidad jurídica para desarrollar los actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto; por ejemplo, adquirir sedes, contratar funcionarios o emprender campañas publicitarias. Es decir, que dichas instituciones pueden realizar todas las operaciones derivadas de las actividades de organización y de constitución presentes en cualquier empresa mercantil⁷¹.

Sobre el tema, la Superintendencia Bancaria manifestó que, por el principio del objeto social reglado, los actos conexos que realicen las instituciones financieras, deben necesariamente guardar estrecha relación con la capacidad legal particular de la entidad y su armonía con el objeto social debe expresarse siempre por medio de una relación de medio a fin, cuyos extremos serán, en su orden, el acto considerado y la empresa o actividad prevista en la Ley para las instituciones financieras⁷².

1.3.4 De la actividad de las Instituciones Oficiales Especiales

Las instituciones oficiales especiales funcionan como una banca de segundo piso, es decir, no operan directamente con particulares o con el público en general, pero se caracterizan esencialmente porque tienen como propósito apoyar a aquellos sectores productivos prioritarios de la economía que, por sus condiciones, están limitados para acceder al mercado y requieren un servicio de fomento especializado⁷³. En este sentido, se encuentran bajo la tutela del Gobierno Nacional, vinculadas a un

⁷⁰ *Ibidem*. Cf.: p. 12-13.

⁷¹ Martínez N. *Ibidem*, Cf.: p. 264.

⁷² Superintendencia Bancaria. Cf.: Circular externa 055 de 1997.

⁷³ Ibáñez N. *Op. Cit.* Cf.: p. 80.

Ministerio, con el fin de que sus actuaciones generales estén coordinadas con la política general del Gobierno.

Para el efecto, dichas instituciones son las encargadas actualmente de realizar operaciones de redescuento⁷⁴ que tienen por objeto el fomento de actividades de sectores económicos especiales⁷⁵, pues las actividades de redescuento de fomento en cabeza del Banco de la República fueron desmontadas totalmente con la Constitución Política de 1991.

Sobre las operaciones de redescuento, aunque refiriéndose a las realizadas por el Banco de la República, se le solicitó al Consejo de Estado que definiera si dichas operaciones se encuentran dentro de la órbita de los actos administrativos. Al respecto, el Alto Tribunal se inclinó por excluir dichas operaciones del alea de los actos administrativos en los siguientes términos:

(...) aun cuando el Banco de la República es un ente de servicio público que en un momento dado puede realizar actos administrativos de acuerdo con disposiciones expresas de la ley, las operaciones típicas bancarias que realice están sujetas a las reglas del derecho privado y por lo tanto no pueden considerarse actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, como es el caso del redescuento bancario comercial al que nos estamos refiriendo⁷⁶.

Es posible extender esta reflexión a las operaciones de redescuento que realizan las instituciones oficiales especiales, pues se basa en la naturaleza financiera de dichas operaciones las cuales se encuentran bajo la regulación del derecho privado; de manera que, a pesar de que se trata de actos que normalmente emanan de entidades públicas, su contenido se refiere a operaciones de tipo económico que escapan del ámbito propio de los actos administrativos.

Sin embargo, a pesar de que las operaciones que realizan las instituciones oficiales especiales o banca de segundo piso se encuentran reguladas por el derecho

⁷⁴ Se puede entender como contrato de redescuento aquel que celebran la entidad especial de redescuento (redescontante) y el establecimiento de crédito o intermediario financiero (banco), con el fin de descontar un título previamente descontado por el banco a su cliente. Delgado C. y Gómez S. Op. Cit. Cf.: p. 19.

⁷⁵ Rodríguez A. *Los contratos bancarios y su significación en América Latina*. Cf.: p. 447.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Cf.: Concepto del 19 de abril de 1993, radicado número 506.

privado, la finalidad de tales entidades está dirigida a la protección del interés general y a garantizar la movilidad de recursos a sectores económicos que requieren liquidez, por lo tanto, su régimen no se asimila de manera integral con el de cualquier establecimiento de crédito de la banca comercial.

En este sentido, tal como señala Rodríguez Azuero, las autoridades que dirigen las instituciones oficiales no tienen la misma discrecionalidad que las que dirigen los establecimientos privados, pues aquellas siempre deben consultar los intereses superiores y, las reglas para el ejercicio de sus funciones y facultades buscan su obrar justo en la forma adecuada para lograr los objetivos superiores del Estado que se les encomienda, sin dejar espacio para actuaciones subjetivas y caprichosas⁷⁷.

Las restricciones en el campo de acción de las instituciones oficiales de redescuento también se pueden evidenciar respecto del sector de la economía al que le prestan sus servicios, ya que, mientras, por regla general, los establecimientos de crédito pueden destinar recursos del sector superavitario a un amplio sector deficitario, no ocurre lo mismo con la banca de segundo piso. Estas instituciones deben destinar sus recursos de manera preferente a determinados sectores y con unas líneas de crédito muy específicas que les impone la ley de su creación y sus propios estatutos.

Ahora bien, la banca de segundo piso no sólo realiza operaciones de redescuento sino también una amplia gama de operaciones financieras, aunque sometidas a la misma condición de proveer liquidez para el sector de la economía para el que fueron creadas.

Al respecto, la Superintendencia Financiera señaló que, dado que la característica de ésta clase de bancos es que su régimen de propiedad es público o estatal en razón a que su creación tiene como finalidad apoyar sectores productivos prioritarios de la economía que requieren una atención especial, dichas instituciones cuentan con un esquema por medio del cual desarrollan programas especiales de fomento, suministro de información, asistencia técnica, provisión de garantías y administración de fideicomisos como servicio complementario al crédito de corto,

⁷⁷ Rodríguez A. Op. Cit. Cf.: p. 450.

mediano y largo plazo, pero siempre con la connotación de canalizar los recursos de los otros intermediarios financieros y con una participación en las operaciones que desarrollan los bancos comerciales⁷⁸.

Finalmente, existen deberes y funciones de las instituciones oficiales especiales, que son similares a los establecimientos de crédito de la banca comercial, pues se entiende, y así lo ha reconocido el Consejo de Estado, que tales entidades deben cumplir y acatar los deberes propios del comerciante y de las entidades financieras en general⁷⁹.

1.4 Las normas del derecho bancario, su naturaleza y especialidad

Las normas del derecho bancario presentan características especiales frente al resto de las leyes comerciales o civiles, por la especialidad de la actividad bancaria y porque contienen en su estructura principios de diferente orden, tanto públicos como privados.

En razón a tal condición, a nivel de doctrina, encontramos diferentes posiciones sobre la naturaleza y clasificación del derecho bancario. Dentro de las más relevantes podemos identificar las siguientes: i) el derecho bancario como parte del derecho mercantil; posición respaldada por autores como Sergio Rodríguez Azuero y Joaquín Rodríguez Rodríguez y, ii) el derecho bancario como un tercer género más allá del derecho privado y el derecho público; posición abanderada en nuestro país por autores como Néstor Humberto Martínez Neira y conocida como tesis del *nova principio divisiones*.

Sobre el Derecho Bancario como parte del derecho mercantil, Joaquín Rodríguez Rodríguez, reconoce que si bien intervienen un conjunto de normas de derecho público y derecho privado, tales normas son perfectamente separables y dicha mixtura es propia de todo el derecho mercantil⁸⁰.

⁷⁸ Superintendencia Bancaria. Cf: Concepto con radicado número 1998039270-1 de 1998.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 19 de noviembre de 1990, Expediente 1080.

⁸⁰ Comparar Rodríguez R. Op. Cit. Cf.: pp. 2-5.

En este sentido, Joaquín Rodríguez Rodríguez identifica como normas del derecho público que intervienen en la empresa bancaria aquellas sobre reservas, publicidad de balances y fiscalización de las instituciones de crédito; modos y actos de su creación y funcionamiento, el pago de los impuestos y las de represión de las acciones delictivas cometidas con motivo o con ocasión de una actividad bancaria, entre otras. Y como normas de derecho privado, señala que son aquellas que regulan los contratos y operaciones de crédito y las relaciones patrimoniales de las empresas bancarias entre sí o entre éstas y sus clientes⁸¹.

Por su parte, Rodríguez Azuero señala que la intervención del derecho público en el derecho bancario, se debe a que la actividad bancaria paso de ser una actividad de naturaleza privada ejercida por los particulares bajo su libre iniciativa, a ser una actividad propia del Estado, o por lo menos, intervenida y regulada por él bajo el argumento de la protección de los intereses comunitarios⁸².

Aunque Rodríguez Azuero aclara que, el derecho privado bancario, el cual hace parte del derecho mercantil, tiene principios particulares y especiales justificables por el marco técnico – económico en el cual se desarrollan las operaciones bancarias. Y agrega que, una de las fuentes más destacadas en el derecho privado bancario es la costumbre, que ha permitido la celebración de contratos innominados⁸³.

De otra parte, sobre la tesis del *nova principio divisiones*, Martínez Neira señala que el derecho bancario constituye un tercer género que no se puede subsumir dentro de los principios exclusivamente del derecho público o el derecho privado, y explica que, si bien los actos y operaciones de las instituciones bancarias son calificadas por el legislador mercantil como actos de comercio, sujetos al derecho comercial, el derecho bancario no se limita al ámbito de los negocios bancarios. En este sentido, señala que el derecho bancario tiene un doble ámbito de aplicación, así⁸⁴:

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Rodríguez A. Op. Cit. Cf.: p. 117.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Martínez N. Op. Cit. Cf.: pp. 3-11.

a) **Ámbito subjetivo:** es aquel que se ocupa de determinar el nacimiento del establecimiento financiero a la vida jurídica, su reconocimiento por parte del Estado y la habilitación para desarrollar su actividad, así como las reglas para su funcionamiento orientadas a preservar la estabilidad del ahorro y la confianza del público, su capacidad y limitaciones jurídicas, el régimen de su liquidación, las normas que definen la liquidez, las reglas de solvencia, el régimen de inversiones y los cupos individuales de crédito, entre otras. Este ámbito se conoce como derecho estatutario bancario.

b) **Ámbito objetivo:** corresponde a lo que la doctrina denomina como derecho contractual bancario, que se expresa en la regulación de las distintas modalidades de negocios jurídicos⁸⁵.

1.5 La actividad contractual bancaria a la luz de derecho bancario

El objeto del derecho contractual bancario son los contratos bancarios, los cuales sirven como medio para realizar la función de intermediación de la banca y/o para la prestación de los servicios bancarios ofrecidos al público. En ese sentido, la presencia de un establecimiento de crédito es un presupuesto esencial para la existencia del negocio bancario.

En palabras de Rodríguez Azuero *el contrato bancario constituye el antecedente conceptual que sustenta y explica la ejecución de una operación bancaria*⁸⁶. En ese sentido, dichos contratos tienen por objeto la realización de una operación bancaria y contienen el acuerdo de voluntades que permite su ejecución y los elementos jurídicos de la operación. Dichas operaciones bancarias, tradicionalmente se han clasificado en operaciones activas, pasivas y neutras, según las instituciones bancarias asuman una posición jurídica de acreedor, deudor o simple gestor de servicios y de las cuales se ocupa principalmente el Código de Comercio.

⁸⁵ Ibidem. pp. 36-38.

⁸⁶ Rodríguez A. Op. Cit. Cf.: p. 158.

En el mismo sentido, Barbier manifiesta que, los contratos bancarios constituyen el esquema jurídico de las operaciones bancarias. De otra parte, manifiesta que, es necesario precisar los contornos jurídicos de dichos contratos con el propósito de distinguirlos de otros negocios concluidos por las entidades financieras y, crear una categoría contractual uniforme que permita desarrollar una disciplina igualmente uniforme⁸⁷.

Para precisar los contornos jurídicos del contrato bancario, es útil la explicación ofrecida por Joaquín Garrigues, quien señala que la materia típica y genuina del contrato bancario es el crédito, cuya esencia jurídica se encuentra en los siguientes elementos: i) la transmisión de la propiedad de una cosa por parte del acreedor al deudor, a cambio de una contrapartida económica diferida, ii) la pausa o dilación entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y, iii) el interés, como precio del tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia⁸⁸.

Esta definición ofrece elementos claros y concretos para identificar los contratos bancarios derivados de las operaciones de crédito, sin embargo, no incluye los contratos derivados de las operaciones neutras en las cuales el establecimiento bancario actúa como un simple gestor de servicios.

En general, los autores que hemos citado coinciden en señalar que, aunque el derecho contractual bancario se ha considerado tradicionalmente como parte del derecho mercantil, por el hecho de estar sometidas sus operaciones al Estatuto Mercantil, los contratos bancarios gozan de unas características especiales y particulares que dan lugar a la creación de contratos atípicos y de combinaciones contractuales diferentes, en donde prima la realidad económica de la operación.

Es el caso de la contratación de carácter masivo, en la cual los establecimientos de crédito usan un prototipo de contrato que utilizan con cada cliente sin modificación alguna, reduciendo los riesgos y costos de usar un formato diferente con cada uno. Esta contratación en masa ha producido una reacción en el

⁸⁷ Barbier. Op. Cit. Cf.: pp. 21-27.

⁸⁸ Garrigues. Op. Cit. Cf.: pp. 33-36.

derecho de las obligaciones encaminada a tutelar al adherente, considerado como la parte débil del contrato, con la aplicación de principios como el *indubio contra stipulatorem*: en caso de duda, contra quien lo estipula, desarrollado en nuestro país con base en el artículo 1624 del Código Civil.

Sobre las características particulares de los contratos bancarios, Rodríguez Azuero señala que, aunque les aplican los principios generales de los contratos, los bancarios tienen unas características que se manifiestan de manera peculiar o particular en comparación con la contratación no bancaria, e identifica las siguientes⁸⁹:

a. Relación con la estructura técnica. Los contratos bancarios están íntimamente relacionados con la realidad operativa de su objeto, de manera que su contenido es dinámico e innovador dependiendo de la evolución que presentan los sistemas económicos, las actividades comerciales y los requerimientos de la comunidad.

b. Carácter personalísimo. La relación bancaria se fundamenta en una relación de confianza y se celebra *intuito personae*, es decir, en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los bancos. Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de reconocer que las condiciones exigidas por los establecimientos de crédito a los clientes no pueden ser arbitrarias, deben estar justificadas y no pueden ser motivo de discriminación⁹⁰.

c. Contratación profesional. Los bancos tienen una preparación especializada para prestar su servicio de manera masiva; por lo tanto, la comunidad está legitimada para exigir al banco la prestación de bienes y servicios de satisfactoria calidad. El carácter profesional implica para el establecimiento de crédito un conjunto de cargas y obligaciones, creadas como un mecanismo de defensa para el consumidor, pues el profesional es la parte fuerte que conoce el mercado.

⁸⁹ Rodríguez A. Op. Cit. Cf.: pp. 159-189.

⁹⁰ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia T-763 del 21 de julio de 2005.

d. La Internacionalización. La regulación contractual bancaria se informa en un alto porcentaje de la costumbre internacional, asimilada e invocada en los negocios jurídicos y, recopilada por la Cámara de Comercio Internacional.

e. La Banca electrónica. El desarrollo tecnológico ha cambiado la forma de interactuar de los bancos con sus clientes, acabando con el paradigma de la prestación personal y directa del servicio.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL DEL ORDEN NACIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

El propósito del presente capítulo es exponer el régimen que en materia de contratación pública le ha sido impuesto a los establecimientos de crédito de naturaleza pública - lo cual incluye las instituciones financieras oficiales de redescuento -, su evolución y los problemas jurídicos que se han presentado alrededor de dicho régimen desde la expedición de la Ley 80 de 1993, especialmente, a partir de la disyuntiva en el alcance del derecho público y el derecho privado que se conjugan en el régimen contractual de tales entidades.

Recordemos que, los establecimientos de crédito de naturaleza pública pertenecen al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del Estado, su objeto es la realización de una actividad económica consistente en la ejecución de operaciones financieras, dirigidas a financiar y apoyar con recursos actividades económicas prioritarias dentro de la política económica del Estado y pueden estar constituidas con aportes exclusivamente públicos o con el concurso de los aportes de los particulares.

Actualmente la contratación de dichas entidades se rige por lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 que las exceptúa de la aplicación del Estatuto General de Contratación; aunque, en todo caso, por disposición expresa de la norma deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente⁹¹.

2.1 Incidencia del derecho público en la actividad de los establecimientos de crédito de carácter estatal

Le corresponde al Estado por mandato constitucional, contenido en los artículos 334 y 365 de la Constitución Política, la dirección general de la economía, lo que le

⁹¹ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 15.

permite intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios de naturaleza industrial, comercial o social y la prestación de determinados servicios públicos con el objeto de satisfacer las necesidades de la población, para lo cual puede contar con empresas públicas o mixtas⁹², tal como expusimos en el numeral 1.2 del Capítulo primero de esta investigación.

Para el efecto, el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política faculta al Congreso para que, a iniciativa del Gobierno, cree empresas industriales y comerciales o autorice la constitución de sociedades de economía mixta, ambas entidades descentralizadas organizadas como empresas públicas⁹³. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de promover el desarrollo empresarial, garantizar la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia.

De esta manera, las actividades económicas desarrolladas a través de entidades públicas sirven como instrumento para hacer efectiva la dirección del Estado en la economía y en todo caso deben estar dirigidas a lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, garantizando que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos. Para el caso específico de los establecimientos de crédito de carácter estatal, su propósito es apoyar la política económica del Estado en la promoción de ciertos sectores de la economía y/o proteger el interés público que reviste la actividad financiera.

2.1.1 La actividad bancaria: servicio público o actividad netamente privada

El análisis sobre la prestación de servicios financieros de manera directa por parte del Estado, se contextualiza con las discusiones acerca de la naturaleza de dicha actividad. Al respecto, es posible identificar posiciones en ambas orillas, por una parte, la calificación de la actividad bancaria como servicio público; y de otra, la actividad bancaria como una actividad comercial de naturaleza netamente privada.

⁹² Constitución Política de Colombia de 1991. Cf.: artículos 334 y 365.

⁹³ *Ibidem*. Cf.: artículo 150 numeral 7.

Históricamente, encontramos el Decreto 1953 de 1959 como un antecedente normativo importante en el cual se cataloga la actividad bancaria como servicio público⁹⁴. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que dicho Decreto se expidió con fundamento en el ordinal “i” del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de los pliegos de peticiones presentados por varias organizaciones sindicales del sector financiero que amenazaban con ir a huelga⁹⁵. Dicha norma facultaba al gobierno para declarar como servicio público, previo concepto del Consejo de Estado, cualquier actividad que, a su juicio interesara a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo.

Ahora bien, es interesante referenciar que, posteriormente, cuando se adelantó la reforma financiera en la década de los ochenta, con base en los principios comprendidos en el Decreto 2920 de 1982, derivado de la crisis de la época en el sector financiero, la comisión de Alto nivel conformada para adelantar la reforma financiera, en su anteproyecto manifestó que no trataba expresamente la banca como un servicio público debido a dos razones fundamentales: i) consideró mejor dejar este tema a la doctrina y a la jurisprudencia con el fin de que tuviese más dinámica para contrarrestar posibles futuras crisis similares a la ocurrida en 1982 ii) el temor de que tal declaración implicara aceptar la figura de la concesión administrativa en materia bancaria⁹⁶.

En lo que corresponde a la doctrina, la discusión no ha sido pacífica. Al respecto, Rengifo afirma que la actividad bancaria es un servicio público cuya prestación le corresponde originalmente al Estado, bien directamente, mediante contratación o por concesión. Para respaldar su tesis señala que, el Certificado de autorización expedido por el Superintendente Financiero implica un control de fondo, el cual difiere del permiso de funcionamiento que otorga la Superintendencia de Sociedades, por medio del cual se ejerce un control meramente formal, como es el ajuste a las leyes que indican la forma de constitución de la sociedad, pero donde el particular tiene una potestad previa para ejercer

⁹⁴ Montejo S. y Moreno P. Op. Cit. Cf.: p. 38.

⁹⁵ *Ibidem.*: p. 39.

⁹⁶ *Ibidem.*: p. 33.

la actividad lícita que pretende, mientras que frente a la actividad bancaria la potestad previa es del Estado⁹⁷.

Rengifo agrega que, si el Estado otorga autorización a los particulares para ejercer la actividad bancaria, sólo significa que no tiene la voluntad o la capacidad operativa para atender él sólo dichas actividades, pero dicha situación no debe entenderse como una falta de competencia. Además, frente a quienes afirman que la banca pública es una forma de concentración y dirigismo oficial nefasta para la economía y la libre iniciativa privada, sobre todo porque el Estado es mal administrador, contra argumenta que la incursión del Estado en la banca se ha basado muchas veces en la inexistente iniciativa privada o precisamente en las malas administraciones de los bancos por los particulares que han llevado a procesos de nacionalización.

En la línea del servicio público también encontramos a Ibáñez Najar quien cataloga la actividad financiera como una actividad de interés público mediante la cual se presta el servicio público de intermediación para garantizar el flujo de pagos en la economía y en la cual, para su realización, va envuelta la confianza que debe existir en el sistema por parte de todos los agentes económicos; por lo anterior, señala que, para el ejercicio de dicha actividad, la libertad e iniciativa privada están sujetas a la previa autorización del Estado, la cual puede ser otorgada por la Ley o mediante autorización, permiso o licencia expedida por autoridad administrativa según reglas⁹⁸.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera - en varios pronunciamientos ha dado el tratamiento de servicio público a la actividad bancaria. Es así como, mediante un concepto del año 1990 manifestó que dicha actividad se desarrollaba en Colombia bajo el esquema de concesión estatal, lo que significa que es una actividad propia del Estado no de los particulares⁹⁹.

Luego, mediante un concepto del año 1991, la misma Superintendencia al responder la pregunta sobre si el Banco Cafetero al conceder créditos a particulares

⁹⁷ Rengifo. Op Cit.: Cf.: pp. 50-55.

⁹⁸ Ibáñez N. Op. Cit. Cf.: p. 77.

⁹⁹ Superintendencia Bancaria. Cf.: Concepto con radicado número 90014695 – 0 del 5 de diciembre de 1990.

con dineros provenientes de los comités nacional, departamental o municipal de cafeteros estaba ejerciendo función pública o desarrollando una actividad privada, señaló, que el Banco Cafetero era una entidad descentralizada que prestaba un servicio público pero eso no le quitaba a las actividades que desarrollaba su naturaleza privada¹⁰⁰.

Actualmente, dicha Superintendencia sostiene que las entidades que desarrollan actividad financiera prestan un servicio público del cual es responsable el Estado y, que dicha actividad no es libre sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas que tienen como finalidad la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pueden tener los particulares cuando prestan dicho servicio público¹⁰¹.

Por su parte, la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos le ha dado tratamiento de servicio público a la actividad financiera. Así, mediante sentencia C – 122 de 1999 señaló:

(..) La actividad bancaria, dada su caracterización y trascendencia dentro del marco de organización jurídico-política propia del Estado Social de Derecho, es un servicio público, pues además de la importancia de la labor que desempeñan los establecimientos del sector financiero, públicos y privados, la misma está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes, y su regulación y control son responsabilidad directa del Estado.

A partir de los anteriores presupuestos, se entiende por qué, el Constituyente, en el caso específico de los establecimientos de crédito, le impuso al Estado el deber de regular su actividad, condicionándola y sometiéndola a unas reglas y controles específicos, que deben operar de manera tal que se realice el principio superior que señala la primacía del interés general sobre el particular; ese deber de regulación incluye, desde luego, el deber de hacer efectiva la responsabilidad de los agentes

¹⁰⁰ Superintendencia Bancaria. Cf.: Concepto con radicado número 91031127 – 0 del 24 de julio de 1991.

¹⁰¹ Superintendencia Financiera. Cf.: Concepto con radicado número 2001054771 – 3 del 14 de octubre de 2004.

económicos proveedores de bienes y servicios, específicamente de los propietarios y administradores de los establecimientos de crédito¹⁰².

En el mismo sentido, mediante la Sentencia SU – 157 de 1999, la Corte Constitucional reiteró que a pesar de que no existe una norma expresa que califique la actividad bancaria como un servicio público, sus características así lo determinan, estas son, el interés comunitario de dicha actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción¹⁰³.

Sin embargo, con posterioridad, en la Sentencia C – 692 de 2007, el Alto Tribunal reconoció que aunque la actividad bancaria es un servicio público, tal calificación le corresponde hacerla, en primera instancia, al legislador, quien a la fecha no ha expedido disposición al respecto¹⁰⁴. Sin embargo, en pronunciamientos posteriores ha reiterado que, en general la actividad financiera tiene el carácter servicio público, e incluso entidades financieras han sido objeto de control judicial vía tutela¹⁰⁵.

Por otra parte, en cuanto a la tesis que califica la actividad bancaria como una actividad de naturaleza netamente privada, se encuentra Díaz Ramírez quien sostiene que, si bien corresponde al Estado diseñar y ejecutar políticas en materia de moneda y crédito, siendo el responsable del sano desempeño de la economía, esto conlleva al ejercicio de funciones de control y vigilancia, más no a la conclusión de que la actividad bancaria y financiera deban ser desempeñadas por el Estado¹⁰⁶.

Además, Díaz Ramírez considera que esta discusión quedó superada con la Constitución de 1991, la cual en su artículo 355 optó por la autorización para el ejercicio de la actividad bancaria, procedimiento reglado mediante el artículo 53 del E.O.S.F., dejando de lado las teorías de la concesión estatal. Lo anterior no se contrapone a considerar la actividad bancaria como de interés público, de hecho manifiesta que aquellos que hablan de servicio público realmente han querido

¹⁰² Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C – 122 del 1 de marzo de 1999.

¹⁰³ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia SU – 157 del 10 de marzo de 1999.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C – 692 del 5 de septiembre de 2007.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia T – 662 del 23 de septiembre de 2013 y Sentencia T – 738 del 29 de septiembre de 2011.

¹⁰⁶ Díaz R. Op. Cit. pp. 23-27.

referirse a la importancia de la función bancaria en la sociedad, lo cual es innegable; pero, no puede derivar en la calificación de la actividad bancaria como un servicio público, con las consecuencias que esto implica.

Finalmente el autor en mención agrega que, el régimen jurídico aplicable a la actividad bancaria es el derecho comercial, pues tal actividad es un acto de comercio enumerado en el artículo 20 del Código de Comercio y la empresa que la realiza es un comerciante. Además, descarta que pueda aplicarse la nota de igualdad propia del servicio público, pues las entidades bancarias pueden discriminar legítimamente en cuanto al costo del servicio, la tasa de interés, la duración de la relación, el monto del crédito concedido y la prestación del servicio a una persona determinada, pues por razones justificadas pueden negarse a concederle un crédito y esa libertad de decisión es incompatible con la tutela inherente al servicio público¹⁰⁷.

Claramente, ha sido difícil decantar el tema sobre la naturaleza de la actividad bancaria, entre otras cosas, por causa de la delgada línea que existe entre el servicio público y diferentes actividades de la gestión económica del estado.

Así, bajo el concepto de gestión económica se incluyen las actividades de producción y dación de bienes al mercado que el Estado asumió a través del fenómeno de la empresa pública concurrencial. La justificación de la presencia del Estado se encuentra en las finalidades de interés público o utilidad general, fines no puramente mercantiles o financieros. Sin embargo, estas actividades han generado el debate sobre si debe ampliarse el concepto de servicio público hasta incluir en él dichas actuaciones o si, por el contrario, éstas revisten otra naturaleza aunque sus finalidades también sean de carácter público.

En este sentido, se ha incorporado el concepto de servicio público industrial o económico el cual se gestiona utilizando las formas y cauces de derecho privado. Para Ariño Ortiz dicho concepto resulta equivocado, pues implica la disolución de un concepto técnico de servicio público y la equiparación inadecuada de dos regímenes jurídicos muy diferentes¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Ariño O. *Principios de derecho público económico*. Cf.: pp. 546-548.

Ariño Ortiz define el servicio público como aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social¹⁰⁹.

Y señala que, en la actividad económica del Estado se quiebran algunas notas definatorias del servicio público, así:

1. En las actividades productivas falta la exclusividad regalista de la actividad, es decir, no hay una titularidad de la administración sobre la función o actividad de que se trate, incluso, en estos campos existen actividades similares de los particulares que no requieren concesión sino simple autorización.
2. En las actividades productivas falta la regularidad y continuidad de la prestación y falta en rigor la existencia de prestación al público, pues lo que se entregan son bienes al mercado general. La interrupción en la producción no altera la función económica que las empresas nacionales están llamadas a realizar; en cambio, la interrupción en la prestación de un servicio público si supone una grave crisis de las necesidades que aquel sector trate de cubrir.
3. El usuario del servicio público tiene un derecho abstracto a la prestación exigible judicialmente, en cambio, en la gestión económica no hay derecho alguno a exigir la producción o su adquisición.
4. El servicio público supone el ejercicio de potestad de la administración y un régimen de protección y prestación de derecho público, en cambio en la actividad productora no hay tarifas (ingresos de derecho público) sino precios privados.
5. En la gestión económica hay un régimen especial, donde el derecho público aparece no en razón a la actividad sino a la naturaleza del sujeto que presta el servicio¹¹⁰.

Sin embargo, existen actividades que aunque no corresponden al servicio público tradicional, por entrañar también un especial interés público se encuentran

¹⁰⁹ *Ibidem*. Cf.: p. 548.

¹¹⁰ *Ibidem*. Cf.: pp. 547-549.

estrictamente reglamentadas y disciplinadas. Son las llamadas actividades de interés público, servicios públicos virtuales o servicios públicos impropios¹¹¹, en los cuales el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de tal actividad, como por ejemplo, la actividad bancaria. Las notas definitorias sobre las cuales se ha montado en Italia y Francia el concepto de “servicio público impropio o virtual” son:

1) Se trata de actividades fundamentalmente privadas, 2) que revisten un interés general muy caracterizado por la colectividad; 3) son actividades dirigidas al público, 4) se desarrollan en un régimen de autorización no de concesión; es decir que en la actividad no hay reserva de titularidad a favor del Estado¹¹².

En definitiva, consideramos que la actividad bancaria ha evolucionado en un marco económico-comercial con indudable incidencia en la estabilidad económica de un país y una trascendental función social en la medida en que el acceso al crédito por parte de todos los sectores de la sociedad permite una distribución equitativa de las oportunidades; por lo tanto, evidentemente se trata de una actividad de interés público y en ese sentido, ha sido usada como instrumento económico del Estado para el desarrollo de su política económica.

Tal es el interés público y la función social de la actividad bancaria que, tal como expusimos en los antecedentes expuestos en el numeral 1.1 del capítulo primero de esta investigación, en Colombia el Estado ha actuado como establecimiento de crédito impulsado básicamente por dos situaciones: i) con el propósito de suplir deficiencias del mercado en cuanto a la movilización del ahorro o su asignación hacia sectores que se consideran prioritarios o vulnerables socialmente, pero que tienen difícil acceso al crédito en el sector privado, ii) La nacionalización u oficialización de entidades originalmente particulares envueltas en situaciones que ponen en riesgo el ahorro privado.

¹¹¹ Para Ariño Gaspar este concepto del servicio público impropio es anti técnico porque no corresponden a lo que tradicionalmente se conoce como servicio público y en sus notas definitorias se pueden encontrar diferencias palpables entre ambas actividades, como la inexistencia de una titularidad exclusiva por parte del estado sobre dichas actividades que son de carácter originalmente privado. *Ibidem*. Cf.: p. 555.

¹¹² *Ibidem*. Cf.: pp. 555-567.

En el primer caso, dichos establecimientos de crédito han sido un instrumento del Estado para garantizar que todas las personas tengan acceso a los servicios de crédito y su propósito ha sido fomentar o rescatar determinados sectores de la economía, canalizando el crédito hacia éstos, más que aprovechar el ánimo de lucro que envuelve la actividad financiera. El segundo caso, es el reconocimiento de la actividad bancaria como una actividad de interés público que tiene incidencia directa en la estabilidad de la economía nacional.

De cualquier manera, dada la trascendencia de la actividad bancaria en la económica nacional y la política social, su calificación como actividad de interés público y en ocasiones como servicio público y, bajo el argumento de la protección de los intereses comunitarios, nos encontramos frente a una actividad reglada, en la que confluyen normas de derecho público y derecho privado, conjunción que resulta compleja cuando además el Estado decide asumir directamente la prestación de la función bancaria.

2.1.2 La Iniciativa pública en la actividad económica

Cuando hablamos sobre la intervención del Estado en el desarrollo de la actividad bancaria e incluso sobre su decisión de ejecutar directamente dicha actividad, nos encontramos frente a un tema de interés del derecho público económico, el cual precisamente centra su atención en las intervenciones y regulaciones del poder público en la actividad económica.

En el derecho público económico el concepto de intervención es muy amplio, pues engloba diferentes formas de incidencia del Estado sobre la economía y en cada momento histórico se ha asociado a la técnica más característica del ejercicio del poder público en el campo económico: dirigismo, planificación, servicio público, empresa pública, supervisión, regulación, etc., pudiendo resaltarse en cada época alguna técnica predominante.

De cualquier manera, el Estado tiene la opción de prestar sus servicios, gestionándolos directamente por la propia administración, o mediante la creación de

una organización personificada *ad hoc*. La elección del modo de gestión depende en gran medida del tipo de servicio a prestar, pero tratándose de servicios de naturaleza económica lo más común es recurrir a las fórmulas personificadas y sujetas, en mayor o menor medida, al derecho privado, predominantemente sociedades mercantiles. En estos casos, nos encontramos con la iniciativa pública económica del Estado que ha decidido crear empresas públicas destinadas a participar en los mercados compitiendo o no con la iniciativa privada.¹¹³

El concepto de empresa pública ha sido objeto de controversia en la dogmática del derecho administrativo, dada la difícil diferenciación entre los servicios públicos y las manifestaciones de la iniciativa pública económica. Así mismo, la forma jurídica de las empresas públicas ha sido objeto de debate, sobre todo por la mezcla entre formas públicas y privadas, lo cual tiene consecuencias sobre el régimen jurídico, más o menos marcado por el derecho público o privado.

En este punto Rivero incorpora el concepto de administración económica el cual hace referencia a la existencia de organizaciones públicas que tienen competencias en materia económica, y cuyo objeto es dar una organización adecuada para equilibrar el rigorismo administrativo y la flexibilidad mercantil que debe ser compatible con la legalidad¹¹⁴.

En la administración económica es frecuente que múltiples competencias económicas se atribuyan a entes dotados de personalidad jurídica propia, no integrados en la clásica estructura administrativa jerarquizada y a veces incluso titulares de un estatuto de independencia. Así mismo, es común recurrir a las modalidades de actuación jurídico-privadas en donde se utiliza alternativa o simultáneamente el derecho público y el derecho privado; el primero para ejercitar las potestades administrativas y el segundo para sus actividades de gestión¹¹⁵.

Al respecto, en opinión de Rivero incluso las actividades de gestión deberían realizarse respetando principios jurídico públicos y normas administrativas en temas como la adjudicación de contratos y selección de personal; aunque también reconoce

¹¹³ Rivero O. *Derecho Administrativo Económico*. Cf.: pp. 180-183.

¹¹⁴ Rivero O. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Cf.: p. 28.

¹¹⁵ *Ibidem*. Cf.: p. 28-30.

que las formas privadas facilitan la colaboración público-privada imprescindible para llevar a cabo numerosos proyectos económicos, por lo que no deben descartarse por completo, lo que no quiere decir que no puedan introducirse controles y garantías en su empleo que impidan los abusos y malversaciones de fondos públicos¹¹⁶.

Además Rivero señala que la utilización que la administración hace de formas de derecho privado, es lo que se conoce como huida al derecho privado, para evitar los procedimientos y los controles jurídico-públicos y en las tendencias actuales del intervencionismo se encuentra dentro del fenómeno de la privatización formal¹¹⁷.

En todo caso, Rivero reconoce que la mixtificación del régimen jurídico – derecho público y derecho privado – produce problemas interpretativos a la hora de resolver cuestiones de cierta relevancia, como la adjudicación de sus contratos, la selección de su personal o su gestión patrimonial¹¹⁸. No obstante también señala que, de cualquier manera, la concepción empresarial de la administración, no impide, sin embargo, diferenciar claramente sus objetivos de los de la empresa privada, pues la búsqueda del beneficio económico no puede ser la única meta de la administración aunque tampoco son válidas las técnicas de la mera burocracia¹¹⁹.

Para Ariño Ortiz, a través de entes que someten toda o parte de su actividad al derecho privado, el Estado se ve progresivamente privatizado, actuando por fuera de todo control; todo en aras de la eficacia y sacrificando cualquier garantía de objetividad y legalidad. Por eso, muchas veces la verdadera razón por la que se prefiere el régimen jurídico privado es porque así se consigue una vía libre de todo control, pues a la empresa pública no les son aplicables ni los controles de tipo público, ni los controles de tipo privado, no obstante si se mantiene es el control político del Gobierno, y por eso, según él, hay infortunados efectos detrás de la discrecionalidad, en temas como por ejemplo, como la adjudicación de contratos¹²⁰.

¹¹⁶ *Ibidem*. Cf.: pp. 28-29.

¹¹⁷ *Ibidem*. Cf.: p. 41.

¹¹⁸ Rivero O. *Op. Cit.* Cf.: p. 187.

¹¹⁹ Rivero O. *Op. Cit.* Cf.: p. 45.

¹²⁰ Ariño O. *Op. Cit.* Cf.: pp. 49-53.

Por lo anterior, Ariño Ortiz, en su análisis sobre la privatización plantea varios cuestionamientos que logran reflejar las inquietudes que genera este tema, cuando el Estado queda legitimado para actuar bajo el régimen jurídico – privado: *¿deja por ello de estar vinculado a los principios básicos del derecho público en materia de contratación, de personal, de procedimiento etc..?. Que normativa debe presidir las actuaciones de la empresa pública, cualquiera que sea su forma jurídica?*¹²¹

Señala Ariño Ortiz que, incluso en aquellas actuaciones bajo formas y régimen de derecho privado, por ejemplo, aquellas que se realizan en competencia con el sector privado y que por tanto no imponen una disciplina de actuación, o aquellas otras en que por Ley especial, en cada caso, se autoriza tal régimen, hay que dejar claro que la administración bajo formas privadas no deja de ser administración y como tal ha de someterse a los principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos, lo cual tiene consecuencias, en campos como, la aplicación de la Ley de Contratación Pública a muchos entes públicos en régimen jurídico privado¹²², porque las garantías del Estado solo se preservan con el derecho del Estado que es el Derecho Público¹²³

Específicamente en el tema contractual Ariño Ortiz señala que todo contrato que materialmente responda a los criterios que definen el contenido de los contratos administrativos típicos, como la realización de obras públicas, infraestructuras y equipamientos, gestión de servicios públicos, suministros de materiales y equipos, etc., debe ajustarse en su preparación y adjudicación a los preceptos de la Ley administrativa y no solo a sus principios con independencia de que quien los suscriba sea un ente público o una sociedad mercantil¹²⁴.

Aunque recomienda que en paralelo, se renueve y reconstruya el derecho público adaptándolo a las necesidades actuales, y en concreto en el tema de la

¹²¹ Ibidem. Cf.: p. 54.

¹²² Ariño Ortiz señala que en el caso Español, recientemente se ha discutido hasta qué punto la huida del derecho público y la libertad de formas ha dado lugar a que una parte importantísima de la licitación de las administraciones públicas se ha realizado en los últimos años por adjudicación directa. Ibidem. Cf.: p. 60.

¹²³ Ibidem. Cf.: p. 58.

¹²⁴ Ibidem. Cf.: p. 65.

contratación pública señala que se debe dar un carácter más competitivo y con mayor flexibilidad y apertura en la gestión del contrato, así como asegurar transparencia, objetividad y garantía de imparcialidad en la adjudicación del Contrato¹²⁵.

No obstante, Ariño Ortiz realiza una fuerte crítica a la existencia de la empresa pública, y considera que, existe una contradicción entre lo que exige la propia naturaleza del fenómeno empresarial y lo que exigen también por su propia naturaleza los fenómenos estatales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la empresa privada es una estructura móvil de factores de producción, flexible, que responde en cada momento a las cambiantes necesidades o exigencias de su entorno, por lo cual, ante todo requiere libertad, la cual ha sido otorgada mediante una amplia autonomía garantizada por el derecho privado.

En cambio, en el campo público, dado que la empresa pública siempre ha estado vinculada a razones de utilidad pública o interés general, y no se justifica en sí misma, nos enfrentamos a la necesaria juridicidad de toda actuación del Estado, por lo que, la autonomía de la voluntad propia de los privados no tiene aplicabilidad a los sujetos públicos siempre sometidos a la necesaria formalización y consagración legal¹²⁶.

Si bien, esta situación ha querido superarse mediante la utilización por el Estado de formas jurídico – privadas no se ha conseguido liberar a las empresas públicas del control y dependencia gubernamental, donde las decisiones se generan a través de un complicado proceso administrativo y político, y lo que si se ha conseguido es debilitar las garantías de buena administración y control de los fondos públicos, con la tranquilidad de que así gane o pierda el Estado siempre acudirá a enjugar su déficit y mantener su supervivencia. Así que para Ariño Ortiz la empresa pública bajo el modelo mixto de procedimientos públicos y de aspiraciones privadas

¹²⁵ *Ibidem*. Cf.: p. 66.

¹²⁶ *Ibidem*. Cf.: p. 484.

está condenada al fracaso e incluso sería mejor devolver la gestión de muchas actividades de la empresa pública al sector privado¹²⁷.

Es más, en el caso de la empresa pública como vehículo de promoción y desarrollo de sectores estratégicos, como la promoción de determinados sectores de rentabilidad problemática que se consideren estratégicos, como es el caso de los establecimientos de crédito, Ariño Ortiz afirma que el dinero público que debe destinarse a dichas actividades no necesariamente debe canalizarse a través de una empresa pública sino que resultan mejor los incentivos, ayudas y subvenciones quedándose el poder público fuera de la actividad¹²⁸.

Por su parte, refiriéndose a la tendencia del derecho administrativo, Restrepo señala que, la reformulación de las funciones del Estado y el cambio en el régimen jurídico aplicable a los organismos que ejecutan dichas funciones corresponde a una tendencia del derecho que se caracteriza por la remisión a las reglas del derecho privado, y que, como hemos mencionado se ha denominado como la huida de la administración hacia el derecho privado, sustituyendo las fórmulas del derecho público por las del derecho privado¹²⁹.

Al respecto, identifica como razones que justifican la aplicación del derecho privado a tales actividades, algunas como, lograr mayor equilibrio en la interrelación entre los particulares y los agentes públicos, y la *necesidad de hacer más ágiles, eficaces y eficientes las labores de la administración pública, para cuyo logro se considera que las normas especiales del derecho administrativo constituyen un obstáculo*¹³⁰, lo anterior, sin desconocer que al funcionamiento de la administración pública se le han añadido los valores de eficacia y eficiencia, como exigencia para el logro de resultados por parte de la administración.

Es importante destacar el planteamiento de Restrepo en cuanto a que la solución para el efectivo funcionamiento de la administración no está necesariamente

¹²⁷ Ibidem. Cf.: pp. 485-495.

¹²⁸ Ibidem. Cf.: p. 497.

¹²⁹ Restrepo M. *La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo*. Cf.: pp. 134-135.

¹³⁰ Ibidem. Cf.: 135.

en la adopción del derecho privado, pues el derecho público incluye controles y requisitos que permiten la protección de los intereses de la sociedad y del Estado que no deben omitirse¹³¹. Ciertamente, no puede convertirse en un paradigma la ineficiencia e inaplicabilidad del derecho administrativo para la búsqueda de resultados efectivos por parte del Estado.

2.2 El cumplimiento de los fines estatales como punto de encuentro entre el régimen general de contratación pública y el régimen excepcional de los establecimientos de crédito estatales

El Estatuto General de Contratación pública, en su artículo tercero señala que la celebración y ejecución de contratos por parte de las Entidades del Estado, tienen como propósito “*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”¹³², así mismo, cataloga a los particulares contratistas como colaboradores del Estado para el logro de los propósitos antes mencionados.

En este sentido, la Corte Constitucional señaló que, dado que para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, dicha contratación no puede tener un propósito diferente a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz; de manera que, *el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución*¹³³,

Al respecto, Benavides señala que la esencia y razón de ser de la actividad contractual pública se encuentra en los principios y finalidades de interés general establecidos en la Ley, los cuales guían la voluntad de la administración, de manera que, el grado de libertad reconocido a la administración no significa que los

¹³¹ *Ibidem*. Cf.: 138.

¹³² Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 3.

¹³³ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-449 del 9 de julio de 1992.

servidores puedan ejercer sus competencias según su libre criterio sino que es una flexibilidad para lograr el cumplimiento de las tareas y finalidades públicas¹³⁴.

Estas limitaciones a la actuación de la administración en razón a las finalidades de interés general se enmarcan, según Benavides en el concepto de *orden público administrativo* el cual opera para darle valor y dimensión concreta a la autonomía de la voluntad reconocida a las entidades estatales; y que alcanza una connotación diferente a la reconocida en materia de contratación privada en donde las partes actúan según su libre criterio y el orden público se manifiesta como medio de protección de una de las partes contratantes o de orientación hacia ciertos valores económicos y sociales¹³⁵.

Bajo esta óptica, el Alto Tribunal Constitucional ha reiterado que la actividad contractual de la administración constituye una función reglada que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular y que por lo tanto, el grado de autonomía de la autoridad administrativa se encuentra limitado por las reglas del derecho público en materia de contratación, en este sentido, la Corte puntualiza aspectos que reflejan dichos límites, en los siguientes términos:

(...) la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley;

(...). Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal¹³⁶.

Todo lo anterior, demarca una diferencia esencial entre la contratación pública y la privada, en razón a los fines e intereses que se protegen en uno y otro campo, pues mientras en el campo privado se busca la protección de los intereses particulares de quienes intervienen en el negocio jurídico, en lo público se busca la protección del

¹³⁴ Benavides. *El contrato estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Cf.: p. 258.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997.

interés general a través de procedimientos y controles sobre el gasto público, con el propósito de dar cumplimiento a las finalidades del Estado.

Con respecto a las Entidades sujetas a regímenes de contratación que adoptan fórmulas diferentes a las del Estatuto General, reemplazándolas por las propias del derecho privado, como es el caso de las entidades públicas encargadas del ejercicio de la actividad financiera, es posible afirmar que a pesar de su régimen privado, dado que forman parte de la estructura del Estado deben encauzar sus actuaciones al logro de los intereses y finalidades estatales.

En estos casos, la aplicación del derecho privado no significa que su régimen haya sido privatizado totalmente y se exige que su actividad contractual respete los principios constitucionales de la función administrativa, pues, el Estado termina usando un medio de derecho privado para una finalidad de derecho público, ya que dichas entidades no se justifican por si mismas sino que deben su existencia a una necesidad de utilidad pública y el interés general se impone como el límite que guía todas las actuaciones del Estado, incluso cuando se utilizan los medios del derecho privado¹³⁷.

Para el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal la aplicación de dicho postulado se hace evidente cuando se impone la aplicación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, pues dichos principios en general, están orientados al cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios que les han sido encargados, y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos, finalidades consagradas en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, constituyéndose un punto de encuentro con la actividad contractual de las Entidades sujetas al régimen general de contratación pública.

¹³⁷ Benavides. Op. Cit. Cf.: p. 257.

2.3 Normatividad aplicable a la contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal

2.3.1 Estatuto General de Contratación. Ley 80 de 1993

Originalmente la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 párrafo primero, consagró un régimen de excepción aplicable a las entidades financieras estatales solamente con relación a los contratos que correspondieran al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, los cuales no estarían sujetos al Estatuto General de Contratación sino a las disposiciones legales aplicables a dichas actividades. Es decir, consagró un régimen de excepción parcial, según el contrato a celebrar se encontrara o no dentro del giro ordinario de sus negocios sociales¹³⁸.

A su vez, el Decreto reglamentario 679 de 1994 en su artículo 21 replicaba lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Pero, de alguna manera, identificaba qué debía entenderse por giro ordinario de las actividades propias del objeto social, al disponer que no estaban sujetos al Estatuto General de Contratación, los contratos celebrados por dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como aquellos contratos que se efectuaran en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato no excediera de 1000 SMMLV. o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad¹³⁹.

En vigencia de dicha disposición, la sala plena del Consejo de Estado manifestó que los contratos celebrados por los establecimientos de crédito de carácter estatal que correspondieran al giro ordinario de su propia actividad no se consideraban estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, así:

¹³⁸ El párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establecía: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades*”.

¹³⁹ Derogado por el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012.

(...) no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando actúen bajo la forma de entidades financieras y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su propia actividad. Estos contratos estarán así regulados por las reglas legales aplicables a la actividades financiera de crédito o de seguros, como por ejemplo, el Estatuto Orgánico Financiero, el Código de Comercio y el Código Civil. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades¹⁴⁰.

Al excluir a los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter estatal de la categoría de contratos estatales, el Consejo de Estado reconoció la creación de un verdadero régimen de excepción en relación con dichas entidades, siempre y cuando el objeto de los contratos correspondiera con el giro ordinario de sus actividades.

Este régimen contractual armonizaba con lo dispuesto legalmente para el funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, a las cuales se les reconoce una organización híbrida, pues desde su institucionalización mediante los Decretos 1050 y 3130 de 1968 se reconoció que éste tipo de entidades desarrollan actividades sometidas tanto al derecho público como al derecho privado, razón por la cual, en cuanto a los actos y contratos realizados para el desarrollo de sus actividades comerciales e industriales se sujetan a las disposiciones del derecho privado.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 sobre estructura del Estado, que derogó los Decretos mencionados, mantuvo para las empresas industriales y comerciales del Estado y para las Sociedades de Economía Mixta, la sujeción de sus actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones expresamente consagradas en la Ley¹⁴¹.

El problema jurídico que surgió alrededor de la regla consagrada originalmente en el artículo 32 parágrafo primero de la Ley 80 de 1993 fue cómo

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 23 de septiembre de 1997, Expediente S-701.

¹⁴¹ Ley 489 de 1998. Cf.: artículos 85, 93 y 97.

establecer cuáles contratos hacían parte del giro ordinario del objeto social de la entidad financiera, y por lo tanto estarían sujetos al derecho privado. Así, aunque el Decreto 679 de 1994 marcó la pauta para definir el tema, al relacionar dichos contratos con las operaciones autorizadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la práctica diversos contratos se exponían a la discusión de pertenecer al “giro ordinario” sin lograr una solución pacífica al respecto.

2.3.1.1 Criterios establecidos para definir el giro ordinario del objeto social de las Entidades Financieras

Bajo la regla incorporada en la Ley 80 de 1993, la delimitación del régimen de contratación de las entidades financieras estatales revestía gran complejidad por la necesidad de definir qué debía entenderse por “giro ordinario” de su objeto social y por contratos “conexos”. De esta manera, a nivel de doctrina se identificaron diferentes criterios con el propósito de zanjar las discusiones planteadas al respecto, los cuales incluían la habitualidad en la celebración de los contratos, la estricta relación con las operaciones financieras o las situaciones de competencia con el sector privado.

Al respecto, Bendeck Olivella afirmó que, desde el punto de vista gramatical “giro ordinario” hace referencia a la dirección de un negocio, es decir, lo regular o habitual. Bajo este enfoque, harían parte del giro ordinario de los negocios los contratos típicamente financieros y además aquellos que sin serlo se realizan regularmente por la entidad para efectos del desarrollo de las operaciones financieras, incluyendo, por ejemplo, compra de papelería, transporte de valores, entre otros¹⁴².

De otra parte, Rodríguez Azuero señaló, sobre los contratos a través de los cuales las entidades financieras desarrollan su objeto social que, son aquellos que anteceden las operaciones que dichas entidades llevan a cabo profesionalmente como intermediarios crediticios o entidades de servicios, para atender una serie de requerimientos de su clientela, utilizando la estructura que les es propia. En ese

¹⁴² Bendeck O. *Los pilares fundamentales de la contratación administrativa*, p. 298.

sentido afirmó que, no pueden incluirse los contratos que en su condición de personas morales o jurídicas están en condiciones de llevar a cabo, como los que celebran con sus trabajadores para que estos realicen sus labores o con sus proveedores para obtener los bienes y servicios que requieren como institución¹⁴³.

En el mismo sentido, Dávila Vinueza manifestó que, los contratos de las entidades financieras a los cuales no se les aplica el Estatuto General de Contratación, sino su regulación privada, son aquellos que corresponden a las actividades propias de la intermediación financiera y de seguros; tales contratos son los que la doctrina especializada denomina contratos bancarios, como el depósito de ahorros, el contrato de cuenta corriente, la carta de crédito, el depósito a término, el mutuo comercial, así como, los contratos de garantía, prenda, hipoteca, etcétera¹⁴⁴.

Dávila Vinueza agregó que, el decreto 679 de 1994 creó para las instituciones financieras una nueva categoría de contratos que denominó “conexos”, los cuales, dependiendo de su cuantía podían estar o no sujetos a la Ley 80 de 1993, lo cual consideró un criterio cuantitativo a todas luces criticable, que solo se justificaba, en alguna medida, por un fin pragmático de facilitar la contratación de tales entidades y asegurar un mínimo de condiciones de igualdad frente a la competencia de las entidades financieras privadas que están íntegramente sujetas a las normas que rigen la contratación entre particulares.

Finalmente, Pino Ricci afirmó que, la calificación de giro ordinario debía reservarse a aquellas actividades corrientes que desarrollan directamente el objeto social de la entidad y que usualmente implican el cumplimiento de actividades frente a los usuarios de sus servicios o les permite competir, en condiciones de igualdad, con el sector privado que realiza las mismas actividades¹⁴⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, determinó el alcance de la expresión “giro ordinario de las actividades propias del objeto social”, señalando que, los establecimientos de crédito tienen un régimen especial que gobierna sus actividades, el cual está contenido en el Estatuto Orgánico

¹⁴³ Rodríguez A. Op. Cit. Cf.: p. 170.

¹⁴⁴ Dávila V. *El régimen jurídico de la contratación estatal*, Cf.: p. 807.

¹⁴⁵ Pino R. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Cf.: p. 27.

del Sistema Financiero y en las normas del derecho privado que les sean aplicables, las cuales son el punto de partida para establecer su capacidad jurídica, que es de carácter reglado¹⁴⁶.

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló sobre los establecimientos de crédito bancarios, que corresponde al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto social”, conforme lo dispuesto en el artículo 99 del Código de Comercio, no sólo aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, como sería el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos¹⁴⁷.

Con anterioridad, la Sección Tercera del Consejo de Estado había manifestado que, para definir el giro ordinario de las actividades propias de los establecimientos de crédito, debía realizarse un análisis teleológico o finalístico para mirar el acto o contrato en relación con el giro de los negocios de la empresa y que esa teleología o motivación podía estar explícita en el acto o contrato o implícita por los efectos materiales, económicos y patrimoniales (inversión o gasto) relacionados con ese objeto principal¹⁴⁸.

Como vemos, no existía un criterio uniforme que permitiera establecer cuáles contratos celebrados por los establecimientos de crédito estatales hacían parte del giro ordinario de sus negocios y por ende estaban excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, hace parte del desenvolvimiento normal de la actividad de una empresa, la realización de los actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto, por ejemplo, adquirir sedes, comprar tecnología o emprender campañas publicitarias, es decir, realizar todas las operaciones que pueden darse como actividades de organización y de constitución en

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Cf.: Concepto del 29 de mayo de 2003 con radicado número 1488.

¹⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 6 de julio de 2005, Expediente 11575.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 21 de junio de 1999, Expediente 14943.

cualquier empresa mercantil, los cuales pueden considerarse actos conexos que se guardan estrecha relación con el objeto social de una entidad.

Además, si el punto de partida del régimen excepcional de las instituciones financieras públicas estaba en el reconocimiento de la competencia a la que se enfrentan con el sector privado, entonces debía reconocerse que la ventaja competitiva que puede llegar a tener el sector privado sobre el sector el público, se presenta también, en condiciones diferentes a las propias de la actividad financiera como, publicidad, infraestructura, servicios adicionales, entre otros.

De esta manera, la excepción frente al régimen de contratación estatal, en relación con los establecimientos de crédito estatales, incluía contratos diferentes a los que tenían por objeto exclusivo la realización de operaciones de intermediación financiera, lo cual implicaba, para el operador jurídico, realizar un ejercicio de interpretación para definir el alcance de las expresiones “giro ordinario” y contratos “conexos”.

2.3.1.2 Modificación efectuada mediante la Ley 1150 de 2007

Con el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades financieras de carácter estatal pasaron de aplicar un régimen de excepción parcial en materia de contratación a un régimen de excepción que incluye cualquier contrato celebrado por dichas entidades, superando las discusiones acerca de si los contratos a suscribir pertenecían al giro ordinario de las actividades de la institución o podían ser calificados como conexos; no obstante, también impuso para tales entidades la aplicación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Al respecto la norma en mención dispone:

Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley¹⁴⁹.

Con la disposición transcrita, el legislador articuló el régimen de contratación de dichas entidades con las normas del derecho público, sujetándolas a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que las somete, en todo caso, a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al señalar:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal¹⁵⁰.

Los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política como propios de la función administrativa son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A su vez, en cuanto a la gestión fiscal, el artículo 267 de la Carta Política señala que la vigilancia de dicha gestión incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Antes de la modificación de la Ley 1150 de 2007, un sector de la doctrina planteaba que los principios de la contratación estatal debían aplicarse incluso en aquellos casos en los cuales la entidad pública no estuviera obligada a aplicar los procedimientos del Estatuto General de Contratación, haciendo especial énfasis en la selección objetiva de contratistas la cual, según tal interpretación, debía atenderse más allá del procedimiento y régimen aplicable a la contratación que se pretendiera, siempre y cuando quien la adelantara fuera una entidad pública¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 13.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Dávila V. Op. Cit. Cf.: p. 10.

Lo anterior, a propósito de las críticas que se realizaron por la proliferación de regímenes especiales y excepcionales de contratación pública, ante lo cual se manifestó que el problema no era la existencia misma de dichos regímenes, sino la creencia de que era imposible e inconveniente aplicar los principios rectores del Estatuto de Contratación a los contratos regidos por Leyes especiales, cuando dichos principios constituyen la matriz de todo el régimen de la contratación estatal.

Con la Ley 1150 de 2007, el legislador optó por someter los procesos de contratación de las entidades financieras estatales a los principios propios de la función administrativa consagrados en la Constitución Política. Sin embargo, no hizo mención a los principios definidos y desarrollados en el Estatuto General de Contratación Pública.

Los principios incorporados y desarrollados en la Ley 80 de 1993 como propios de la contratación estatal, además de los postulados para la función administrativa en el artículo 209 de la Constitución, son los de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva¹⁵². La cuestión radica en que tales principios encuentran desarrollo en la misma Ley 80 de 1993, que los define y establece las reglas y procedimientos que deben atenderse para su cumplimiento en materia de contratación, de manera que, sujetar a las entidades financieras a procedimientos y reglas específicas contenidos en el Estatuto de la contratación pública se opone a la finalidad que persigue la creación de su régimen de excepción, que corresponde a la flexibilización de sus procedimientos para permitirles la libre competencia con el sector privado.

Por lo tanto, resulta más apropiado hacer referencia a los principios constitucionales que, en últimas deben inspirar toda la actuación del Estado; aunque, en todo caso, es necesario definir el alcance de su aplicación en materia de contratación para las entidades financieras de naturaleza pública. Lo anterior, teniendo en cuenta que el desarrollo que se ha dado a dichos principios ha sido por cuenta del ejercicio de la función administrativa de las entidades del Estado y en el

¹⁵² Ley 80 de 1993. Cf.: artículos 23, 24, 25, 26 y 29.

caso que nos ocupa nos enfrentamos a una actividad de carácter económico - comercial que escapa a las funciones consideradas típicamente administrativas.

Para el efecto, es preciso comprender la finalidad perseguida a través del régimen dispuesto en la Ley 1150 de 2007 para las entidades financieras, pues servirá como herramienta de interpretación a la hora de definir la aplicación de los principios constitucionales mencionados, en el ejercicio contractual de dichas instituciones.

La Corte Constitucional en su Sentencia C-150 de 2003 manifestó que las leyes que regulan la contratación administrativa son leyes de intervención, es decir, que implican una determinada posición del Estado frente al manejo de las diferentes variables macroeconómicas¹⁵³.

Bajo esta consideración, Álvarez Rojas a partir de un análisis económico de la Ley 1150 de 2007, señala que, mientras que la Ley 222 de 1982 tenía un carácter proteccionista, la Ley 80 de 1993 reconoce la posición económica de las partes de un contrato y le brinda a la administración la posibilidad de acceder a modelos de contratación fundamentados en la autonomía de la voluntad privada; además, con la Ley 1150 de 2007 se evidencia que la intervención del Estado está dirigida a flexibilizar las normas de contratación en relación con las entidades que se encuentran en competencia con el sector privado, como es el caso de las entidades financieras, para las cuales el artículo 15 de dicha Ley establece un criterio de excepción más claro frente a la aplicación del Estatuto General de Contratación¹⁵⁴.

Según la interpretación de Álvarez Rojas, la tendencia de la Ley 1150 de 2007 es hacer más flexibles las normas de contratación pública, de manera que, el legislador hace un análisis comparativo de beneficios e introduce una posición económica a partir de la cual resulta más eficiente para el Estado que las entidades que compiten con el sector privado, se rijan por un régimen de contratación que les permita competir en condiciones óptimas, evitando formalismos innecesarios que

¹⁵³ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003.

¹⁵⁴ Álvarez R. *Una aproximación a la Ley 1150 desde el derecho económico*. Cf.: pp. 60-62.

afecten su participación en el mercado, para lo cual pueden omitir la aplicación de todos los procedimientos del Estatuto de Contratación¹⁵⁵.

Añade Álvarez Rojas que, para el caso de las entidades que desarrollan actividades de naturaleza económica comercial, la connotación de la actividad que realizan, hace que en tiempo real a diario, se deban tomar decisiones y realizar contratos en un término que exige la mayor celeridad posible si se quiere cumplir con los objetivos de agilidad y de competencia en igualdad de condiciones con el sector privado; y precisamente, la reforma realizada a través de la Ley 1150 de 2007 persigue dichos objetivos¹⁵⁶.

En el mismo sentido, el doctor Luis Ignacio Betancur señala, con relación a dichas entidades, que no es concebible que su régimen contractual implique el cumplimiento de una serie de procedimientos especiales y, plantea el siguiente ejemplo:

¿Pueden imaginar los canonistas de la Escuela del Servicio Público a una empresa eléctrica vendiendo o comprando energía con las reglas de la Ley 80, cuando sus competidores tienen que tomar todos los días a una hora decisiones sobre si ofrecen en venta o solicitan comprar para el día siguiente una determinada cantidad y a qué precio?¹⁵⁷.

Precisamente, la flexibilización de las normas y procedimientos contractuales con relación a las entidades públicas que compiten en el mercado persigue la agilidad en el ejercicio de sus actividades, lo cual hace parte de una tendencia mundial acogida en Francia en la década de los noventa¹⁵⁸, en cuyo ordenamiento poco a poco se estableció que las empresas que compiten en los mercados, no siguen las reglas de los contratos administrativos.

¹⁵⁵ Ibidem. Cf.: p. 60.

¹⁵⁶ Ibidem. Cf.: p. 61.

¹⁵⁷ Betancur. *Actos y contratos con objeto directo de empresas y sociedades en la Ley 1150 de 2007*. Cf.: p. 372.

¹⁵⁸ Betancur explica que un efecto del cambio en el derecho administrativo francés, se refleja en el “Code des Marchés Publics” expedido como parte del Decreto 2001-210 de 2001, el cual despertó bastante polémica siendo modificado en los años 2004 y 2006. Comparar, Ibidem. Cf.: p. 370.

En Colombia el derecho administrativo francés siempre tendrá especial resonancia, de manera que dicha tendencia ha sido fuertemente defendida por un fragmento de la doctrina nacional, siendo precisamente una de las claras influencias que marcaron la reforma realizada a través de la Ley 1150 de 2007, donde se evidencia la necesidad de diferenciar el régimen de contratación respecto de las entidades del Estado que están en competencia con el sector privado y las que no se encuentran en dicha posición¹⁵⁹.

De cualquier manera, a pesar de las críticas que ha recibido nuestro modelo de contratación por la existencia de diversas excepciones frente a la aplicación del Estatuto General de Contratación, que aparentemente han generado desarticulación en la normatividad y multiplicidad de regímenes en contravía de la transparencia que debe regir la contratación estatal¹⁶⁰, es claro que, con relación a las entidades financieras, el legislador y un sector importante de la doctrina nacional, reconocen, con base en los argumentos expuestos, la necesidad para este tipo de entidades, de un régimen que se adecue a la naturaleza de sus actividades económicas y a las exigencias del mercado en el cual se desenvuelven.

2.3.2 Control Fiscal sobre las actividades de las entidades financieras de carácter estatal

En el poder público, la Contraloría General de la República, como órgano autónomo en la estructura del Estado, es el encargado de ejercer el control fiscal, es decir, vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Con respecto a los establecimientos de crédito estatales, la Corte Suprema de Justicia, en vigencia de la Constitución de 1886, mediante sentencia del 25 de abril de 1974, manifestó que dichos establecimientos, en cualquier modalidad en que se encuentren, así sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de

¹⁵⁹ *Ibidem*. Cf.: p. 370.

¹⁶⁰ Cámara Colombiana de la Construcción, *Boletín de análisis sobre la reforma a la Ley 80 de 1993*. Cf.: p. 5.

economía mixta, dado su carácter de entidades descentralizadas de la administración, debían estar sujetas al control fiscal de la Contraloría General de la Nación, directa o indirectamente¹⁶¹.

Lo anterior, bajo el entendido que la autonomía de dichas entidades no es total puesto que llevaría al fraccionamiento de la administración, ya que sus funciones son funciones del Estado que necesitan un desarrollo armónico con la política general del Gobierno y que encuentran sus límites en la Constitución y en la Ley. Esto, sin perjuicio de que dicho control se adecue al carácter industrial o comercial de las actividades de los establecimientos de crédito, a la naturaleza de los mismos, y especialmente a la reserva o secreto con que la Ley protege el desarrollo de sus actividades.

Por las razones expuestas, en dicha oportunidad el Alto Tribunal consideró que la asignación de la vigilancia y control sobre los establecimientos públicos de crédito por parte de la Superintendencia Bancaria, asignada mediante el Decreto 3130 de 1968, vulneraba el artículo 59 de la Constitución Política de 1886 que asignaba la vigilancia de la gestión fiscal a la Contraloría General de la Nación.

Dicho fallo fue materia de un salvamento de voto, en el cual se sostuvo que las sociedades bancarias no son entidades que realicen gestión fiscal ni administrativa, sino sociedades comerciales en las que el Estado es accionista, de manera que una vez hechos los aportes, el capital es social y no oficial y su propiedad es de la sociedad y no del Estado y solo así pueden cumplir la tarea signada en el mundo industrial y comercial en competencia con los particulares. Por lo tanto, se concluyó en el salvamento que si bien dichas entidades podían estar sujetas al control y vigilancia oficiales, dicho control debía restringirse al valor de los aportes oficiales en cuanto al hecho de que vayan a su destinación como lo ordene la Ley pertinente.

Posteriormente, el artículo 22 de la Ley 20 de 1975 dispuso que la Contraloría General debía establecer sistemas de fiscalización con relación a las entidades financieras del Estado sometidas al control y la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, los cuales atendieran sus necesidades de acuerdo con su naturaleza. Este

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Cf.: Sentencia del 25 de abril de 1974.

artículo fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 11 de diciembre de 1979 mediante la cual aclaró que las funciones de fiscalización por parte de la Contraloría General no se oponían a las funciones de intervención o inspección por parte de la Superintendencia Bancaria¹⁶².

Con la Constitución Política de 1991, la función pública de control fiscal adquiere una nueva dimensión, pues incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales¹⁶³. Con lo anterior, se busca proteger el patrimonio de la Nación a través de la transparencia en la gestión fiscal, la eficiencia en la gestión administrativa y el control sustancial sobre el manejo de los recursos públicos que deben estar destinados al cumplimiento de las finalidades del Estado.

A diferencia del sistema anterior, en el cual el control fiscal estaba dirigido básicamente al control jurídico contable de la manera como se utilizaban los bienes del Estado, el sistema actual involucra principios tales como la economía y la valoración de los costos ambientales, que permiten, no solo realizar un control contable sino, realizar una evaluación en términos de costo-beneficio sobre la gestión de los recursos del Estado¹⁶⁴.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C – 167 de 1995 recalcó que, con la concepción dispuesta en la Constitución del 1991, además de un control de legalidad, se debe realizar un control de resultados, que implica que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2 de la Constitución, pues el interés general solo se verá satisfecho si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía¹⁶⁵.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia. Cf.: Sentencia del 11 de diciembre de 1979.

¹⁶³ Constitución Política de Colombia de 1991. Cf.: artículo 267.

¹⁶⁴ Younes M. *Derecho del control fiscal: Vigilancia para una gestión transparente de lo Público*. Cf.: p. 197.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995.

Además, la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República abarca un control sobre el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por entidades públicas o por organismos privados, pues el constituyente quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., que tenga a su cargo el manejo de recursos públicos quedara sin control fiscal de gestión.

En este sentido, para la Corte Constitucional, cuando el artículo 267 de la Constitución habla de vigilar la gestión fiscal de la administración, éste vocablo debe entenderse en su más amplia acepción, es decir, referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen ordinario o especial, y, a los particulares que manejan fondos o bienes públicos; así pues, donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control¹⁶⁶.

Lo anterior fundamenta el principio de universalidad de la vigilancia fiscal, en virtud del cual el ejercicio del control fiscal se extiende siempre que estén presentes recursos públicos, sin tener en cuenta la naturaleza pública o privada de la persona jurídica o natural que los administra, ni el régimen legal que la cobija¹⁶⁷.

En este orden, las entidades financieras en virtud del principio de universalidad de la vigilancia fiscal continúan sujetas al control fiscal de la Contraloría General. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 los procesos contractuales que adelanten dichas entidades, deben atender los principios de la gestión fiscal, principios definidos por Younes Moreno en los términos que se exponen a continuación¹⁶⁸:

1. Principio de Eficiencia: a través de la cual se pretende que en igualdad de condiciones de calidad, los bienes y servicios se obtengan al menor costo. Su análisis implica verificar si los costos en que incurren las entidades públicas encargadas de la producción de bienes y la prestación de servicios son los más adecuados para lograr sus objetivos y resultados.

¹⁶⁶ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995.

¹⁶⁷ Aldana A. y Peña G. *Control Fiscal en Colombia 2000-2005: El papel de las contralorías y su evaluación por gestión y resultados*. Cf.: p. 12.

¹⁶⁸ Younes M. Op. Cit. Cf.: pp. 191-200.

2. Principio de Eficacia: en virtud del cual se verifica el logro de los objetivos y metas propuestos para cada entidad, estableciendo si sus resultados guardan relación con los mismos. Por lo tanto es necesario revisar la cantidad, calidad y oportunidad con que las entidades públicas realizan su gestión.

3. Principio de Economía: su propósito es establecer si las entidades públicas han realizado una asignación de recursos que permita maximizar una distribución adecuada para el cumplimiento de sus objetivos, cumplir sus finalidades sociales y maximizar sus resultados.

4. Principio de Equidad: según el cual cada una de las entidades públicas cumple una finalidad social y por tanto, su acción económica debe reflejarse en beneficios comunitarios.

5. Principio de valoración de los costos ambientales: fue incorporado acorde con la tendencia mundial de protección del medio ambiente. En virtud de este principio se cuantifica el impacto que causan los agentes económicos por el uso y deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente; así mismo se evalúa la aplicación de procesos de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

Para evaluar la aplicación de los principios señalados, la Contraloría debe aplicar los siguientes sistemas de control a los que no escapan los establecimientos de crédito de carácter estatal¹⁶⁹:

1. Control Financiero: es la revisión y evaluación que se realiza sobre los estados financieros de la entidad, con el fin de determinar si reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que se apliquen por parte de la entidad, en sus transacciones y operaciones, las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o impuestos por el Contador General.

2. Control de legalidad: se verifica que la entidad está aplicando las normas correspondientes a sus operaciones financieras, administrativas y económicas.

3. Control de gestión: examina la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus

¹⁶⁹ Ley 42 de 1993. Cf.: artículos 8-14.

procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y la identificación de la distribución del excedente que éstos producen, así como los beneficiarios de su actividad.

4. Control de resultados: examina en qué medida las entidades logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un periodo determinado.

5. Revisión de cuentas: implica la revisión y evaluación de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los encargados de la gestión fiscal, durante un periodo determinado, con el fin de establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Adicionalmente, en materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 en su artículo 65 identifica las siguientes etapas para la realización del control fiscal: i) la primera, corresponde al momento en el que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones sobre selección del contratista y el cumplimiento de los requisitos para su ejecución; ii) la segunda, comprende el proceso de ejecución del contrato e implica la revisión y control de las cuentas canceladas y del cumplimiento de las obligaciones objeto del Contrato; y iii) la tercera, se realiza una vez liquidados o terminados los contratos, e implica un control financiero, de gestión y de resultados¹⁷⁰.

En definitiva, en virtud del principio de universalidad, el alcance actual del control fiscal sobre el manejo de los recursos del Estado cobija a los establecimientos de crédito de carácter estatal; no obstante, dicho control debe atender la naturaleza económica y comercial de las actividades que desarrollan tales entidades y el régimen privado aplicable a las mismas.

¹⁷⁰ Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 65.

3. ALCANCES Y RESTRICCIONES DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO DE CARÁCTER ESTATAL

3.1 Alcance en la aplicación de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991

En virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, los Contratos que celebren las entidades financieras de carácter estatal, dentro de las que se encuentran los establecimientos de crédito estatales, incluyendo las instituciones oficiales especiales, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad financiera; no obstante, en su gestión contractual deben aplicar los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución, estos son, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad¹⁷¹.

Siguiendo el objetivo propuesto en ésta investigación, esto es, determinar el régimen de contratación aplicable a los establecimientos de crédito estatales, en el presente acápite analizaremos el alcance en la aplicación de los principios señalados en el artículo 209 constitucional para el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal.

Para el efecto, expondremos los dogmas y las finalidades que sustentan cada uno de dichos principios, y analizaremos la forma en la cual algunos establecimientos de crédito estatales han concretado su aplicación a través de reglas incorporadas en sus manuales de contratación. Éste análisis nos permitirá comprender el verdadero alcance de la excepción propuesta en materia contractual para los mencionados establecimientos, sometidos concomitantemente al derecho privado y a una serie de premisas de derecho público.

¹⁷¹ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 15.

Vale la pena señalar que, es indispensable para los operadores jurídicos comprender la obligación de someterse a la aplicación de los principios de la función administrativa, con el fin de emprender las acciones necesarias para cumplir con su cometido, y contar con la certeza de que sus actuaciones se apegan a la Ley, lo cual redundará en mayor seguridad jurídica institucional y en una actuación bajo el principio de legalidad.

De hecho, entes de control como la Procuraduría, Contraloría y Auditoría, han manifestado que la gestión contractual del Estado, incluyendo la sometida a regímenes excepcionales, constituye un *instrumento para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados*¹⁷², y en todo caso, la aplicación de los principios de la función administrativa busca evitar decisiones caprichosas o negligentes de los administradores públicos, no para anular su criterio frente a situaciones que deben atender, sino para que, en el marco de los postulados que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, adopten medidas que garanticen el interés general y la adecuada inversión de los recursos públicos¹⁷³.

Además, dichos entes de control en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control han identificado situaciones extremas, por una parte, entidades no sometidas al Estatuto General con manuales de contratación tan rígidos y detallados que les impiden cumplir de forma oportuna y eficiente con el objeto o razón social para la cual fueron creadas, y por otra parte, entidades que no cuentan con directrices ni políticas que permitan el control de resultados sobre su actividad contractual dejando todo a la liberalidad y discrecionalidad de los responsables del proceso contractual¹⁷⁴.

En este sentido, los establecimientos de crédito estatales deben encontrar la concordancia entre la aplicación de los principios constitucionales que orientan sus actuaciones y la flexibilidad de que deben gozar para cumplir eficientemente con su

¹⁷² Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander. Circular conjunta número 034 del 28 de octubre 2011. Cf.: p.1.

¹⁷³ *Ibidem*. Cf.: p.4.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Cf.: p. 32.

objeto social sin que se desnaturalice la excepcionalidad de su régimen contractual. De allí la importancia de comprender el significado de la aplicación de los principios del artículo 209 de la Constitución, para que los operadores jurídicos responsables de dichos procesos procedan con la legalidad que se le exige a sus actuaciones.

3.1.1 Los principios de la función administrativa en la actividad contractual de las Entidades Estatales

En general, los principios jurídicos tienen valor de fuente del derecho, establecen un deber ser y exigen un determinado comportamiento. El Consejo de Estado ha señalado que tales principios son valores de la sociedad transformados en criterios o parámetros de conducta que instruyen y rigen las relaciones jurídicas; de manera que, irradian la totalidad del ordenamiento jurídico e inspiran modelos de comportamiento a las situaciones generales e individuales¹⁷⁵.

Además, concluye el Alto Tribunal que, la función de los principios jurídicos es servir como pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas¹⁷⁶.

Al respecto, Zagrebelsky señala que, la verdadera trascendencia de los principios jurídicos está en que se encuentran directamente relacionados con el elemento político democrático que, en virtud al principio de la soberanía popular, se encuentra presente en el ordenamiento jurídico. Lo anterior dado que, en los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se encaminan para dictar principios que tengan un estatus por encima de los intereses particulares¹⁷⁷.

Específicamente en cuanto a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, es preciso recalcar su connotación

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Cf.: p. 112.

especial por tratarse de principios de orden constitucional. La Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En este sentido, los principios que de ella emanan se proyectan sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en él tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos, todo lo cual debe concebirse con base en los principios constitucionales, dentro de los que se encuentran los que orientan la función administrativa.

Para Molano López los principios de la función administrativa inspiran la administración del Estado en cuanto a su organización y actividad, permitiendo la consolidación de las instituciones administrativas de nuestro tiempo; además, fungen como criterios principales de validez respecto de las actuaciones de las autoridades públicas, logrando una garantía a la protección de los ciudadanos; es decir que, tales principios son los presupuestos de actuación de las autoridades administrativas, de modo que su inobservancia o inaplicación significa un problema de validez o legitimidad jurídica porque implica la contravención de la norma constitucional por parte de la administración pública¹⁷⁸.

A su turno, Dávila Vinueza al estudiar la aplicación de los principios jurídicos en materia de contratación pública, señala que no son proposiciones que pretendan exigir una determinada conducta; por el contrario, son criterios que permiten adoptar una posición específica ante una determinada situación, provocando una respuesta (adhesión o rechazo) ante ésta; son los que, en últimas generan consenso de identidad en una comunidad en relación con los valores por los que propende y en consecuencia, que comportamiento admite o inadmite.¹⁷⁹

El Consejo de Estado, en materia de contratación pública, ha manifestado que los principios son los encargados de incorporar en el ordenamiento positivo los valores

¹⁷⁸ Molano L. *La transformación de la función administrativa*. Cf.: p. 34.

¹⁷⁹ Dávila V. Op. Cit. Cf.: p. 21.

éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado¹⁸⁰.

Por otra parte, mediante un Laudo Arbitral del año 2001 en el cual se resolvió un conflicto contractual entre la Concesión Santa Marta Paraguachon y el INVIAS los principios constitucionales de la función administrativa sirvieron para establecer los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación pública, en los siguientes términos:

(...) La libertad para definir el contenido del contrato tiene, ante todo, límites infranqueables representados en las normas inderogables y en consideraciones de orden público o interés general y en imperativos de carácter ético, plasmados en la noción de buenas costumbres. Con estas excepciones en desarrollo de la autonomía de la voluntad, los particulares pueden apartarse y sustituir toda la legislación restante consistente en normas de carácter indicativo o supletivo.

(...) Según lo anterior, para medir el alcance de la autonomía de la voluntad en la contratación pública es necesario ante todo, precisar los aspectos que fueron regulados imperativamente por la ley 80 (...) de entrada se observa que la ley contiene ciertos principios básicos como el de la transparencia, la economía, la responsabilidad. Estos principios tienen dos propósitos mayores. El primero, guiar la labor de los servidores públicos en todas las etapas contractuales; y el segundo servir como instrumento de interpretación de las cláusulas contractuales¹⁸¹.

Como vemos, los principios constitucionales de la función administrativa tienen un carácter vinculante y como disposiciones de carácter general imponen un deber genérico de no violación.

Al respecto, para Vargas Roza la transgresión de tales principios incluso puede derivar en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, por infracción de las normas en las que dichos actos deberían fundarse. Sin embargo, también establece los siguientes límites en cuanto a su aplicación: i) el primer límite se aplica a la administración, pues los principios del derecho administrativo no son

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

¹⁸¹ Véase el *Laudo arbitral del 24 de agosto de 2001: Concesión Santa Marta Paraguachon versus Instituto Nacional de Vías*.

fuente para que la administración se otorgue competencias legales autónomas, las cuales deben ser atribuidas expresamente por la Ley, ii) el segundo límite es frente a los particulares, pues los principios jurídicos no otorgan derechos subjetivos patrimoniales específicos¹⁸².

3.1.2 Los principios de la función administrativa y su relación con aspectos que definen las particularidades del régimen de contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal

En el presente acápite expondremos cada uno los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, de conformidad con lo anunciado al inicio del presente capítulo. Asimismo, analizaremos la relación de dichos principios con aspectos en los cuales los establecimientos de crédito estatales se conectan o se alejan del régimen público de la contratación y que delimitan la particularidad de su régimen. Para el efecto, usaremos, entre otras fuentes, los siguientes manuales de contratación que corresponden a la regulación interna de cada entidad y reflejan la interpretación y alcance que cada una ha dado a la coexistencia de lo público y lo privado en su régimen contractual.

Entidad	Manual de contratación
Banco Agrario	Circular PL – CR – 022 del 27 de Febrero de 2012
Caprovimpo	Circular del 5 de noviembre de 2013
Financiera de Desarrollo Nacional (FDN)	Manual de compras y administración de bienes del 1 de junio de 2010
Fonade	Resolución número 131 del 9 de noviembre de 2012
Fondo Nacional de Garantías (FNG)	Resolución 017 del 2 de marzo de 2012
Icetex	Acuerdo número 030 del 17 de septiembre de 2013
Fondo Nacional del Ahorro (FNA)	Resolución 018 del 16 de diciembre de 2010

¹⁸² Vargas R. *El carácter normativo de los principios del derecho administrativo*. Cf.: p. 258-262.

3.1.2.1 Moralidad Administrativa

El actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece en su artículo 3, que en virtud de la moralidad administrativa los servidores públicos deben actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas¹⁸³. Además, en la exposición de motivos de la Ley 472 de 1998 la cual incluyó dicho principio como derecho colectivo, encontramos las siguientes consideraciones: “*Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario*”¹⁸⁴.

Así, a primera vista, parece entreverse que un hilo muy delgado y subjetivo es el que separa una conducta ajustada a la moralidad administrativa de una conducta que se aparte tajantemente de la misma.

En este sentido, Jurisprudencialmente se ha reconocido que la moralidad administrativa es un concepto de textura abierta¹⁸⁵. Sin embargo, los altos tribunales han identificado elementos que deben tenerse en cuenta para dar aplicación a la moralidad administrativa en un caso concreto, particularmente con el fin de evitar que sean concepciones meramente subjetivas las que definan en uno u otro caso cuando se ha transgredido dicho principio¹⁸⁶.

Por esta razón, en diversos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional se ha señalado que para que exista una violación al principio de moralidad, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico¹⁸⁷. Ahora bien, no

¹⁸³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011. Cf.: artículo 3, numeral 5.

¹⁸⁴ Véase la *Gaceta del Congreso*. Número 277 del 5 de septiembre de 1995.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expediente AP-163 y Sentencia del 31 de octubre de 2002, Expediente AP-518.

¹⁸⁶ Algunos pronunciamientos del Consejo de Estado relacionan la moralidad administrativa con el comportamiento ético de un individuo o los valores y virtudes generalmente aceptados por la sociedad. Cf.: Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de noviembre de 2002, Expediente AP – 616 y Sentencia del 5 de octubre de 2005, Expediente AP - 1588.

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 31 de julio de 2008,

cualquier desconocimiento al ordenamiento jurídico lleva consigo *per se* la vulneración a la moralidad administrativa, pues ha señalado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la ilegalidad debe ser protuberante y grosera¹⁸⁸.

No obstante, el Consejo de Estado también ha señalado que transgrede la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta¹⁸⁹, los cuales no pueden actuar con desviación de poder, motivados por intereses personales o de terceros en perjuicio del bien común¹⁹⁰.

Lo anterior cobija la institución jurídica de la contratación pública, la cual puede verse vulnerada a través de la transgresión al principio de moralidad¹⁹¹, de manera que la ejecución contractual de los bienes y dineros públicos, debe realizarse en beneficio de todos los ciudadanos y de conformidad con las finalidades impuestas a cada entidad pública¹⁹², consideración que se aplica en igual medida a las entidades financieras de carácter estatal.

Conscientes de lo anterior, es posible encontrar en los manuales de contratación de diferentes establecimientos de crédito estatales definiciones y referencias al principio de moralidad. Estas definiciones señalan que los procesos contractuales deben desarrollarse con total apego al ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario aplicable, con el único objetivo de dar

Expediente AP-00240, Sentencia del 17 de agosto de 2006, Expediente AP – 1114, Sentencia del 31 de octubre de 2002, Expediente AP-059, Sentencia del 17 de junio de 2001, Expediente AP-166 y Sentencia del 16 de febrero de 2001, Expediente AP-170.

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715.

¹⁸⁹ Comparar Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 31 de octubre de 2002, Expediente AP-518.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente 00020-01.

¹⁹¹ El Consejo de Estado ha señalado que para definir la transgresión a la moralidad administrativa es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida; lo anterior, teniendo en cuenta que, los principios operan a través de instituciones jurídicas y son el núcleo esencial que alimenta e informa la institución a través de la cual se manifiestan. Cf.: Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 17 de junio de 2001, Expediente AP-166.

¹⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente 00020-01.

cumplimiento a los objetivos y funciones legal y estatutariamente atribuidas a la entidad¹⁹³, incluyendo en otros casos la observancia de los intereses colectivos y cumplimiento de los fines que la Ley ha otorgado¹⁹⁴ y finalmente algunos introducen conceptos como la honestidad, lealtad y pulcritud¹⁹⁵.

Ahora bien, para dar cumplimiento a las finalidades antes mencionadas asociadas al principio de moralidad administrativa, es necesario, de una parte, que los establecimientos de crédito estatales definan o reconozcan de manera adecuada cuál es el régimen jurídico aplicable a sus procesos de contratación desde la perspectiva de la mezcla entre lo público y lo privado, y por otra parte, las limitaciones que el ámbito público les impone en la selección de sus contratistas; ambos, aspectos a los cuales nos referiremos a continuación.

3.1.2.1.1 Definición del régimen jurídico aplicable a los procesos de contratación de los establecimientos de crédito estatales.

En los manuales de contratación de los establecimientos de crédito de carácter estatal objeto de revisión, se incluye un ítem destinado a identificar el régimen jurídico aplicable a su actividad contractual, en el cual, en todos los casos, se reconoce que si bien sus procesos contractuales se rigen por el derecho privado, de todas maneras se encuentran sometidos a los principios rectores de la función administrativa, a saber, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y a los principios de la gestión fiscal, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política respectivamente, e incluyen las nociones de cada uno de dichos principios¹⁹⁶. Además, en la mayoría de los casos se incorporan otros principios como los de selección objetiva¹⁹⁷ y libre concurrencia¹⁹⁸.

¹⁹³ Banco Agrario. *Manual de Contratación*. Cf.: p. 9.

¹⁹⁴ Icetex. *Manual de Contratación*. Cf.: artículo 2, numeral 4.

¹⁹⁵ Fondo Nacional de Garantías. *Manual de Contratación*. Cf.: artículo 3.1.2. Caprovimpo. *Manual de Contratación*. Cf.: artículo 6 numeral 5.

¹⁹⁶ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 1. Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: pp. 6-8. Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 1. Financiera de Desarrollo Nacional. *Manual de Contratación*. Cf.: numerales 1 y 2. Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 3, ítem 3. Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.1. Icetex, Op. Cit. Cf.: artículos 1 y 2.

¹⁹⁷ Banco Agrario, Op. Cit. Cf. artículo 1; Caprovimpo, Op. Cit. Cf.: artículo 2; Financiera de Desarrollo Nacional, Op. Cit. Cf.: numeral 3; Fonade, Op. Cit. Cf.: artículo 3 ítem 5; Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.2.; Icetex. Op. Cit. Cf.: artículos 1 y 2.

Con respecto a la selección objetiva se incluyen criterios como la selección de la oferta que resulte más favorable en términos de calidad, precio, idoneidad y capacidad del oferente para ejecutar el contrato¹⁹⁹, y la garantía de imparcialidad e igualdad de oportunidades, sin consideraciones subjetivas y de conformidad con los criterios objetivamente establecidos en los estudios previos y pliegos de condiciones²⁰⁰.

Ahora bien, en algunos casos también se reconoce la mixtura del régimen al indicar que sus manuales de contratación serán interpretados en concordancia con las normas del derecho privado y del derecho público según corresponda²⁰¹.

No obstante, en dichos manuales de contratación, de manera discrecional cada entidad ha definido el alcance de su aplicación, excluyendo determinados objetos contractuales, en su mayoría relacionados con sus operaciones financieras, aunque la exclusión también se extiende a contratos no relacionados necesariamente con el concepto estricto de operación de crédito, los cuales se registrarán exclusivamente por las normas del derecho privado, tal como veremos a continuación.

Encontramos el manual de contratación del FNG y la FDN, los cuales establecen expresamente que se aplicarán únicamente para los procesos contractuales de adquisición de bienes y servicios para la operación de la entidad²⁰², con lo cual tácitamente excluyen los demás objetos contractuales, incluyendo los relacionados con sus operaciones de crédito.

En otros casos, como el Banco Agrario y el Icetex, el manual de contratación establece como regla general la aplicación del manual de contratación que incorpora los principios de la función administrativa e identifica de manera expresa las correspondientes excepciones a la aplicación de dicho manual. Para el caso, el Icetex solo incluye como excepción lo correspondiente a créditos educativos²⁰³, mientras

¹⁹⁸ Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 3 ítem 3.

¹⁹⁹ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: p. 9.

²⁰⁰ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 2.

²⁰¹ Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 3 ítem 2. Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 8.

²⁰² Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: p.7. Financiera de Desarrollo Nacional. Op. Cit. Cf.: ítem 1.

²⁰³ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 1.

que, el Banco Agrario hace una regulación más detallada y señala como objeto del manual el siguiente:

(...) establecer las reglas y principios a los que se somete, en calidad de contratante, la actividad contractual del mismo, con excepción de aquella que es propia de las operaciones reguladas por las normas legales aplicables a los bancos comerciales, en particular por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas especiales²⁰⁴ (subrayado fuera de texto).

Pero, el Banco Agrario va más allá e incluye una lista adicional de situaciones excluidas de la aplicación de su manual de contratación, como son: i) las contrataciones laborales y de servicios públicos, ii) venta y adquisición de inmuebles, iii) contrataciones con entidades de servicios financieros, iv) las expresamente excluidas por disposición o por reglamentación de la Junta Directiva de la entidad, v) contratación de abogados para el cobro de la cartera, vi) contratos celebrados con organismos internacionales, vii) contratos interadministrativos, viii) Los demás de competencia de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta Directiva de la entidad²⁰⁵.

En otros casos, como el de Caprovimpo y Fonade, simplemente se manifiesta que el objeto del manual es regular su régimen de contratación sin hacer ninguna distinción en razón al objeto o naturaleza del contrato²⁰⁶.

De hecho, en el caso de Fonade se dispone que su manual de contratación aplica tanto para los procesos de selección de contratistas como los contratos que FONADE requiera para el desarrollo de su objeto social²⁰⁷ (subrayado fuera de texto), e incluye la contratación relacionada con los contratos o convenios interadministrativos derivada de su línea de negocios. Tan solo exceptúa los convenios que se suscriban para la ejecución de recursos de banca multilateral o con un régimen especial²⁰⁸.

²⁰⁴ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 2.

²⁰⁵ Ibidem. Cf.: artículo 3.

²⁰⁶ Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 3; Fonade. Op. Cit. Cf.: artículos 1 y 2.

²⁰⁷ Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 1.

²⁰⁸ Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 2.

Al respecto consideramos que es pertinente realizar la siguiente observación: el mandato por medio del cual la Ley 1150 de 2007 somete a los establecimientos de crédito estatales a los principios de la función administrativa no incluye ninguna distinción, excepción o restricción frente a la actividad contractual derivada del ejercicio del objeto social de dichas entidades, como puede ser la relacionada con las operaciones financieras y los contratos que las soportan, tal como sucede con la apertura de cuentas bancarias, el otorgamiento de créditos, operaciones de arrendamiento financiero o leasing, contratos de administración no fiduciaria de cartera, entre muchas otras.

La única aclaración que hace el artículo 13 de la Ley 1150 es que los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal se aplicarán en concordancia con su régimen legal especial²⁰⁹, lo cual arroja la complejidad de cómo hacer compatible su actividad financiera reglada con la aplicación de principios como la igualdad, moralidad, imparcialidad o publicidad, diseñados para el ejercicio de funciones administrativas, o por lo menos cabe preguntar si dichos principios aplican de igual forma cuando se trata de contratos de carácter financiero y cuando se trata de contratos para la adquisición de los bienes y servicios de la entidad, frente a lo cual la opción de algunos establecimientos ha sido excluir los contratos que soportan sus operaciones financieras de la aplicación de sus manuales de contratación.

Por otra parte, llama la atención el caso del FNA, pues en su manual de contratación luego de invocar los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007, los cuales establecen su régimen de excepción, señala que en los asuntos no regulados en dicho manual se aplicará lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación, *de acuerdo con su régimen particular*²¹⁰, y luego reitera que, en caso de vacíos en la aplicación del manual, se aplicará en lo que resulte pertinente la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios y en ausencia de tales normas, se aplicarán las normas civiles o las comerciales que regulen la materia²¹¹.

²⁰⁹ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 13.

²¹⁰ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: p. 1.

²¹¹ *Ibidem*. Cf.: artículo 7.7.

Consideramos que la regla dispuesta en el manual de contratación del FNA desconoce la naturaleza del régimen de excepción creado en la norma para las instituciones financieras de carácter estatal. Dicha excepción implica que el régimen ordinario de contratación aplicado a las entidades estatales no aplica en ningún caso con criterio de subsidiariedad para las instituciones financieras estatales, es decir, que por tratarse de un régimen excepcional, los vacíos regulatorios no podrían llenarse invocando las disposiciones generales del Estatuto General de Contratación, pues hay una verdadera exclusión de las normas generales y dicho Estatuto no puede aplicarse ni siquiera análogamente como sistema de integración normativa.

Diferente sería el caso si existiera un régimen especial frente al régimen general de contratación, caso en el cual las instituciones financieras estatales se encontrarían sometidas a normas especiales de carácter preferente para regular todo lo que les atañe a su contratación y, los vacíos de ese ordenamiento jurídico se colmarían mediante las normas del Estatuto General de contratación, lo cual significaría que de alguna manera estarían sometidas a las normas generales de dicho Estatuto.

Otra situación se evidenció en el caso del Icetex, en donde a pesar del reconocimiento de que sus actos contractuales se rigen por el derecho privado, al referirse a los documentos a publicar en los procesos de selección pública incluye el *Acto administrativo de apertura del proceso y Acto Administrativo que contiene la decisión de adjudicación o declaratoria de desierto*²¹². Al respecto, consideramos que no es correcto catalogar como actos administrativos los derivados de actuaciones que no se rigen por las normas del derecho público sino que se regulan por el derecho privado.

3.1.2.1.2 La selección de contratistas: diferentes perspectivas desde lo público y lo privado

Una diferencia contrastante entre la contratación pública y la privada, es la referida a la libertad en la selección de los contratistas. Así, mientras en el ámbito privado dicha libertad es tan amplia como el mismo particular lo disponga, en la

²¹² Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 7, numeral 1.

contratación pública la selección del contratista está impregnada de reglas y restricciones. Para el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal, en cuyo régimen contractual lo público y lo privado coexisten, es importante definir hasta donde lo público impregna la selección de sus contratistas proveedores de bienes y servicios.

Tal como mencionamos, bajo la normativa del derecho privado, si bien es lógico pensar que la escogencia de la oferta más favorable es un móvil presente en las contrataciones que realizan las empresas, la libertad de empresa impone el respeto por sus decisiones y por tanto son libres de contratar bajo los criterios que discrecionalmente escojan. Por lo tanto, éste pareciera ser el primer postulado que sirve como referente cuando se trata de entidades que aplican régimen de derecho privado.

En cambio, en la contratación pública se ha estructurado una etapa precontractual que incluye lo referente a la planeación del contrato y los procedimientos de selección del contratista, con reglas minuciosas consagradas en las normas que regulan la contratación pública, en las cuales se hace un esfuerzo enorme por combatir el carácter discrecional de la selección del contratista; de manera que, existe amplia regulación sobre las modalidades de contratación y sus procedimientos, fundamentada en la necesidad de garantizar transparencia y concurrencia en sus procesos contractuales para escoger la oferta más favorable.

De hecho, para garantizar la escogencia de la oferta más favorable, el Estatuto General de Contratación impone el principio de selección objetiva del Contratista, definido como aquel en virtud del cual se escoge el *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*²¹³. El espíritu de dicho principio se extiende a lo largo del texto legal y encuentra un desarrollo específico con la imposición de reglas que deben atender las entidades para corroborar su cumplimiento.

²¹³ Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 5.

En este sentido, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013 relacionan los criterios para determinar el ofrecimiento más favorable, la forma de verificación de los requisitos exigidos y los mecanismos para realizar la comparación de las ofertas; la modalidad de selección de contratistas que debe adelantarse dependiendo del objeto del contrato o de su cuantía, y las reglas específicas aplicables a cada una de dichas modalidades, e incluso el texto de la Ley expresa como propósito que la Licitación pública sea la modalidad de selección de contratistas que se aplique como regla general²¹⁴, no obstante, claramente las otras modalidades abarcan gran número de objetos contractuales y procesos.

Para el caso de los establecimientos de crédito estatales, el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 establece que sus contratos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, sin embargo su actividad contractual debe someterse a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

En este sentido, en razón a la aplicación de los principios de la función administrativa, se impone la obligación para dichas entidades de realizar una adecuada planeación de sus procesos contractuales y escoger la oferta más favorable a los intereses de la Entidad, de manera imparcial y de acuerdo con criterios objetivos previamente establecidos²¹⁵.

No obstante lo anterior, dado su régimen de excepción, existe amplia libertad en cuanto a la determinación de los procedimientos y reglas a seguir para lograr tal efecto, con lo cual, las modalidades de selección y las reglas específicas dispuestas en la Ley 1150 y sus decretos reglamentarios no les resultan aplicables, sin que esto signifique escogencia arbitraria, caprichosa o subjetiva, pero si permitiendo mayor agilidad en los procesos contractuales que adelanten.

²¹⁴ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 2, numeral 1.

²¹⁵ Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander. Circular conjunta número 034 del 28 de octubre 2011. Cf.: p. 27, y Procuraduría General de la Nación, *Recomendaciones para la elaboración de Estudios Previos*. Cf.: pp. 7-9.

Lo anterior, nos da un panorama sobre la libertad y los límites de las entidades objeto de ésta investigación en sus procesos de selección de contratistas. Al respecto, consideramos que el espacio de libertad, debe ser aprovechado por los servidores públicos para ser verdaderos gerentes públicos, destinados a presentar resultados, con procesos que reflejen inventiva y adaptación a las necesidades tan particulares de dichas entidades.

A continuación, acudiendo a la revisión de los manuales de contratación de las entidades que hemos referido como fuente, nos concentraremos en los siguientes aspectos que resultan relevantes en la etapa de selección de contratistas y que están relacionados con los demás principios de la función administrativa: i) planeación de los procedimientos contractuales, ii) factores de selección, iii) saneamiento de los procesos y v) publicidad de los procesos. Además, expondremos las diferentes modalidades de selección definidas en tales manuales de contratación.

3.1.2.2 Igualdad e Imparcialidad

En materia de contratación pública, la Corte Constitucional ha manifestado que, el trato diferenciado que se da a los oferentes en un proceso de licitación pública está justificado solo cuando concurren los siguientes elementos: i) la situación de hecho en la que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, ii) se persigue un fin: la consecución del interés general, y iii) el trato diferente es racional, es decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales. Adicionalmente, el operador jurídico debe tener en cuenta que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente debe guardar una absoluta proporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican²¹⁶.

Así mismo, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha identificado las siguientes reglas, cuya inobservancia deriva en una transgresión a la aplicación del principio de igualdad, y que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

²¹⁶ Corte Constitucional Cf.: Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999. Además, sobre trato igualitario se pueden consultar las siguientes sentencias: Corte Constitucional, Sentencia C – 221 del 16 de mayo de 1996; Corte Constitucional, Sentencia C-339 del 1 de agosto de 1996, y Corte Constitucional, Sentencia T-489 del 9 de julio de 1999.

i. Las reglas de juego que se consignan en los pliegos de condiciones deben ser objetivas, claras, completas y no incluir factores discriminatorios;

ii. Los criterios de habilitación y calificación de oferentes no pueden convertirse en un instrumento que altere el juego limpio entre los participantes del proceso de selección, o que incluyan condiciones restrictivas, irrazonables o desproporcionadas

iii. No se deben modificar los pliegos de condiciones con posterioridad al cierre del proceso de selección;

iv. Los plazos deben ser razonables y facilitar la concurrencia de los oferentes;

v. Los oferentes no deben modificar sus propuestas después de haberse efectuado el cierre del proceso de selección;

vi. Se deben evaluar, bajo los mismos parámetros, todas las propuestas que cumplan con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y que sean necesarios para la comparación de las mismas;

vii. Se deben aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos por la administración;

viii. Los informes de las evaluaciones realizadas, y atender y dar respuesta motivada a las observaciones que sean efectuados por los demás oferentes²¹⁷.

En definitiva, con la aplicación de los principios de igualdad e imparcialidad se busca que la administración no pueda crear, entre los oferentes, discriminaciones

²¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Cf.: Concepto con radicado número 1373 del 14 de septiembre de 2001. Cf.: Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12307. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 31 de enero de 2011, Expediente 17767. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 16 de marzo de 2005, Expediente 27921. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 17783.

jurídicas ni discriminaciones de hecho susceptibles de dar ventaja o conceder prerrogativas a ciertos concurrentes²¹⁸.

Al respecto, Dromi le adjudica a los pliegos de condiciones un papel relevante e identifica las siguientes características: i) deben establecer reglas generales e impersonales; ii) son nulas las cláusulas que impliquen monopolio; iii) no pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas preferenciales; iv) es nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes; v) la adjudicación del contrato debe hacerse exactamente sobre las bases del pliego de condiciones; vi) no se puede ofrecer ventajas a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes²¹⁹.

Ahora bien, el Consejo de Estado, ha señalado que el régimen excepcional de contratación de algunas entidades, donde la licitación pública deja de ser la regla general cediéndole espacio a la contratación directa –como es el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal-, no las exonera de la observancia del principio de selección objetiva como una vía indirecta para proteger los principios de igualdad e imparcialidad de la función administrativa²²⁰.

Tales consideraciones han sido reiteradas por entes de control para el caso de las entidades con régimen excepcional de contratación, los cuales aclaran que lo anterior no significa adoptar manuales de contratación rígidos, con regulaciones detalladas que les impidan cumplir de forma oportuna y eficiente con el objeto o razón social para las que fueron creadas²²¹.

Finalmente podemos señalar que estos principios se ven materializados en el establecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades²²² y en la figura

²¹⁸ Corte Constitucional. Cf.: Sentencia T-297 del 17 de junio de 1997; Sentencia C - 545 del 28 de mayo de 2008. Consejo de Estado, Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715.

²¹⁹ Dromi, *Licitación Pública*, 1995. Cf.: p. 328.

²²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia de noviembre 22 de 2005, Expediente AP – 01195.

²²¹ Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander. Cf.: Circular conjunta número 034 del 28 de octubre 2011, p. 28.

²²² Al respecto se puede consultar la Ley 80 de 1993 artículo 8 y la Ley 1474 de 2011 artículos 1-4.

del conflicto de interés²²³, los cuales buscan precaver que sean intereses particulares los que dirijan los destinos de los procesos de selección de contratistas. Dicho régimen, por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se aplica incluso para los regímenes excepcionales de contratación.

De hecho, en los manuales de contratación de diferentes establecimientos de crédito estatales se dispone que las personas vinculadas a la entidad deben abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en actividades de contratación de dicha Entidad que impliquen conflicto de interés²²⁴. Otros casos son más concretos y determinan que puede existir conflicto de interés cuando la situación afecte o se relacione con el cónyuge, compañero permanente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de estas personas, así como con sus socios de hecho o de derecho, o se trate de sociedades en las que aquellos ocupan un cargo directivo²²⁵.

3.1.2.2.1 Factores de selección de contratistas

En los manuales de contratación objeto de revisión se hace mención a reglas generales sobre los factores de selección de contratistas, aspecto que resulta relevante a la hora de evaluar la objetividad en la selección de contratistas y por ende la aplicación de los principios de igualdad e imparcialidad.

El manual de contratación del Banco Agrario señala que la evaluación de las ofertas se realizará atendiendo los requisitos, criterios de calificación y ponderación de los mismos, establecidos en la respectiva invitación a ofertar²²⁶.

Y específicamente para el procedimiento de selección de mercado, señala que la favorabilidad de la oferta se justificará atendiendo las condiciones de mercado en términos de calidad y precio, verificando además, la idoneidad de la persona para la ejecución del contrato, de conformidad con las condiciones que deba ostentar el

²²³ Al respecto se puede consultar la Ley 734 de 2002, artículo 40.

²²⁴ Comparar Fondo Nacional de Garantías, Manual de Contratación, artículo 3.4.3.

²²⁵ Comparar, Banco Agrario, Manual de Contratación, p.8 e Icetex, Manual de Contratación, artículo 56, ítem 17.

²²⁶ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 22.

oferente a efecto de acreditar su capacidad para ejecutar el contrato, según se haya especificado en los estudios previos²²⁷.

El manual de contratación de Caprovimpo también señala que los criterios de evaluación, calificación y ponderación serán los contenidos en las reglas de participación, pero agrega que, en todo caso, las ofertas deben evaluarse con el propósito de obtener la más favorable teniendo en cuenta los elementos técnicos y económicos o de costo - beneficio²²⁸.

En el mismo sentido, el manual de contratación del FNA establece que la favorabilidad solo debe depender de los factores establecidos en la invitación a ofertar, que deben incluir factores técnicos, económicos y valores agregados de calificación, o sólo los económicos, según lo definido en los estudios previos²²⁹.

Llama la atención que, en dicha Entidad, se exige como requisito mínimo para que las personas jurídicas nacionales y extranjeras puedan participar en sus procesos contractuales, acreditar antigüedad de constitución no inferior a cinco (5) años y su duración no podrá ser inferior a la del plazo del contrato y cinco (5) años más, salvo que se trate de contratos de menor cuantía²³⁰, requisito que resulta incluso más exigente que el dispuesto en para los procesos de entidades sometidas al Estatuto General de Contratación²³¹.

A su turno, los manuales de contratación del Icetex y Fonade establecen que las reglas de participación deben establecer los requisitos jurídicos, técnicos, financieros y económicos que los proponentes deberán cumplir para que su oferta sea aceptada. No obstante, se exige que en todo caso se acredite experiencia en la ejecución de contratos iguales o superiores a las del objeto a contratar²³². En el caso del Icetex, señala expresamente que los requisitos exigidos deberán ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 23.

²²⁹ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.4.6.

²³⁰ Ibidem: Cf.: artículo 1.8.1.

²³¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 numeral 2 literal e) del Decreto 1519 de 2013, incluso las personas jurídicas con menos de tres (3) años de experiencia pueden acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

²³² Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 32 y Fonade. Op. Cit. Cf.: artículo 8.2.

Por su parte, el manual de contratación de la FDN establece de manera general, que serán objeto de verificación las condiciones de calidad, precio, experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera del oferente, y que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia resulte ser la más ventajosa para la Entidad²³³.

Finalmente, en el caso del FNG, lo único que establece es que en la etapa de selección de definirán los criterios de evaluación y selección de contratista, los cuales estarán en las condiciones para presentar ofertas²³⁴.

De lo anterior se evidencia, de una parte, que en todos los casos la selección de los contratistas se realizará atendiendo los requisitos y criterios establecidos en la respectiva invitación a ofertar o en las reglas de participación. De otra parte, cada manual de contratación simplemente menciona que deben tenerse en cuenta factores técnicos, económicos o jurídicos e incluso la idoneidad del oferente, pero más allá de esa mención queda a la discrecionalidad de los operadores de cada proceso de contratación determinar el alcance y las condiciones específicas para definir cuáles serán los criterios para habilitar y evaluar a sus oferentes y así seleccionar la oferta que más le convenga a la Entidad.

3.1.2.3 Economía, eficacia y celeridad

En la contratación pública el principio de economía tiene varias aristas. De una parte, hace referencia a que la ejecución presupuestal se dirija a la consecución de las finalidades propias del Estado, buscando los mejores resultados sin destinar más recursos de los necesarios; esto se conjuga con objetivos del principio de eficacia, como la asignación eficiente de los recursos públicos²³⁵ y la efectiva ejecución de los objetivos y metas de la entidad, los cuales se encuentran consagrados de manera específica en el Plan Nacional de Desarrollo y en el plan de acción o de inversiones de cada entidad²³⁶.

²³³ Financiera de Desarrollo Nacional. Op. Cit. Cf.: ítem 9.

²³⁴ Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: artículo 3.6.2.

²³⁵ Ley 42 de 1993. Cf.: artículo 8.

²³⁶ Domínguez G. *El control fiscal en la contratación pública*. Cf.: p. 24.

De otra parte, nos encontramos con la economía procesal, en virtud de la cual prevalece lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo, de manera que, la administración no puede valerse de defectos de forma para no decidir, debe establecer términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y debe dar impulso oficioso a sus actuaciones, garantizando la pronta solución de las controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten²³⁷.

Todo lo anterior, tiene como propósito lograr resultados, que constituye el fin último de los principios de economía, eficacia y celeridad²³⁸, los cuales actúan en conjunto para hacer realidad los fines para los cuales ha sido instituida cada entidad²³⁹. Así, estos principios replantean el paradigma según el cual, en la administración “probidad” se asimila a “trámite” y en su lugar construyen un axioma en virtud del cual la transparencia se logra si se es más eficiente²⁴⁰.

Para Jaime Orlando Santofimio, en virtud de dichos principios, no solo se pueden remover los obstáculos puramente formales, sino también todos aquellos que se traduzcan en un desconocimiento de la Carta Fundamental²⁴¹. En todo caso, la aplicación de dichos principios no puede ser excusa para transgredir las normas mínimas que la Constitución o la ley establecen para las actuaciones procesales, como formas propias de cada juicio, y cuya transgresión atentaría contra el debido proceso²⁴².

El Consejo de Estado ha reiterado que los objetivos del principio de economía se logran en la medida que exista una debida planeación de los procesos de la Entidad, pues la actividad contractual no puede ser el resultado de la improvisación o la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, so pena de exponerse al

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324.

²³⁸ Osorio. *Connotaciones del silencio administrativo en el estado social de derecho*. Cf.: p. 99; Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715.

²³⁹ Santofimio G. *El acto administrativo*. Cf.: p. 98.

²⁴⁰ Solarte M. *Contratos estatales atípicos*. Cf.: p. 121.

²⁴¹ Santofimio G. *Tratado de derecho administrativo*. Cf.: p. 77.

²⁴² Corte Constitucional. Cf.: Sentencia T-733 del 15 de octubre de 2009.

desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus recursos en bienes o servicios que no sean prioritarios ni necesarios²⁴³.

Con respecto a las entidades no sometidas al Estatuto de Contratación pública, como es el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal, los entes de control han reiterado que para aplicar los principios en mención, tales entidades deben establecer un plan de acción sobre su proceso de contratación, anticiparse a los riesgos inherentes a la gestión contractual, incluyendo el análisis sobre su capacidad para asumir las obligaciones de pago, y elaborar estudios previos adecuados, todo esto para controlar la gestión de la entidad, prevenir los daños antijurídicos y optimizar los tiempos y los recursos invertidos, entre otros beneficios.²⁴⁴

En este sentido, los manuales de contratación de diferentes establecimientos de crédito estatales hacen referencia al principio de planeación, la elaboración anticipada de una estrategia de contratación y de los elementos propios de cada proceso de contratación, la formulación de planes de contratación cada determinado tiempo y el diseño de planes de ejecución de los mismos²⁴⁵. Así mismo, se establece expresamente el propósito de evitar decisiones inhibitorias o procesos de contratación frustrados y garantizar la prestación del servicio al costo económico más favorable²⁴⁶.

3.1.2.3.1 Etapa de planeación

La etapa de planeación comprende todas las actuaciones previas a la apertura de los procedimientos de selección de contratistas, las cuales tienen por objeto la eficiente y objetiva escogencia de los mismos y deben adelantarse según el mandato incorporado en el principio de economía, aplicable a los establecimientos de crédito de carácter estatal. Al respecto, en los manuales de contratación objeto de revisión encontramos la correspondiente regulación de la etapa precontractual.

²⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 1 de diciembre de 2008, Expediente 15603 y Sentencia del 31 de enero de 2011, Expediente 17767.

²⁴⁴ Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander. Cf.: Circular conjunta número 034 del 28 de octubre 2011 p. 30. Procuraduría General de la Nación, *Recomendaciones para la elaboración de Estudios Previos*. Cf.: pp. 7-9.

²⁴⁵ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: p.8. Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 7.9, ítem 7.

²⁴⁶ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: p. 8. Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: artículo 2, ítem 9. Ictex. Op. Cit. Cf.: artículo 2, numeral 5. Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 6, numeral 10.

Como veremos a continuación, en seis de los siete manuales, a saber: Icetex, Fondo Nacional del Ahorro, Fondo Nacional de Garantías, Fonade, Caprovimpo, Banco Agrario, expresamente se exige dentro de la etapa precontractual la elaboración de estudios previos, y en cada caso el tema se desarrolla con mayor o menor detalle. Es el caso del Banco Agrario, cuyo manual de contratación exige que toda contratación objeto de dicho manual se soporte en un estudio previo que contendrá, como mínimo, los siguientes elementos que señalaremos de manera general²⁴⁷:

i. Necesidad que pretende satisfacerse, ii. Objeto del contrato, iii. Prestaciones principales que se espera recibir del contratista, iv. Análisis técnico y económico que soporta el valor estimado del contrato, v. Determinación de los permisos, licencias o autorizaciones que se requieran para la celebración del contrato, vi. Certificado de disponibilidad presupuestal, vii. Modalidad de selección del contratista, viii. Requisitos mínimos habilitantes, incluyendo condiciones de experiencia, capacidad legal, administrativa, operacional y financiera, proporcionales al objeto a contratar, ix. Criterios de calificación, x. Garantías y xi. Forma de control a la ejecución del contrato.

En el mismo sentido, el manual de contratación de Caprovimpo establece como parte de su etapa precontractual la elaboración de estudios previos en los cuales se debe incluir, como mínimo, lo siguiente: i) oportunidad y conveniencia de la contratación, ii) objeto a contratar, iii) características técnicas y iv) estructuración jurídica en la cual se determine la modalidad de selección, valor, disponibilidad presupuestal, factores de selección para escoger la oferta más favorable, garantías y estimación de riesgos. Además, en las reglas de reglas de participación presentadas con la solicitud de ofertas deben incluirse las condiciones de evaluación, condiciones técnicas exigidas y condiciones de contratación²⁴⁸.

A su turno, el manual de contratación de Fonade exige, como norma común a todos los procedimientos de selección, la elaboración de estudios y documentos

²⁴⁷ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 29.

²⁴⁸ Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículos 1 al 8.

previos que incluyan: i) necesidad de la contratación, ii) objeto, iii) alcance, iv) condiciones económicas del contrato, v) riesgos, vi) garantías, vii) licencias, permisos, y autorizaciones necesarias para la ejecución del contrato, viii) justificación de anticipo o pago anticipado, ix) disponibilidad presupuestal. Así mismo, se exige la elaboración de reglas de participación que incluyan los requisitos jurídicos, técnicos, financieros y económicos de los oferentes; aunque, no se hace mención a las condiciones de evaluación²⁴⁹.

El manual de contratación del FNG establece como etapas previas a la suscripción del Contrato, la etapa de planeación, la etapa de selección y la etapa de estructuración económica y jurídica²⁵⁰.

En la etapa de planeación se exige determinar la justificación y necesidad de cada contratación, definir los bienes y servicios requeridos, y solicitar la correspondiente disponibilidad presupuestal. Así mismo, deben elaborarse las condiciones o términos para presentar ofertas las cuales deben establecer las pautas generales de la contratación de los bienes o servicios, tales como los requisitos habilitantes jurídicos y las condiciones técnicas, financieras y/o económicas. Además, expresamente se establece que dichas condiciones deberán ser elaboradas en forma completa, sin ambigüedades que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad.

En la Etapa de selección se deben solicitar los certificados de disponibilidad presupuestal, determinar las personas a las cuales se dirigirá el proceso contractual, definir los criterios de evaluación y selección, establecer el procedimiento de escogencia, y elaborar las solicitudes de oferta que regirán el proceso contractual y la evaluación de ofertas.

Finalmente se realizará la etapa de estructuración económica del contrato, que incluye la definición del valor del mismo y su estructuración jurídica.

Además de los aspectos mencionados en los casos antes citados, el manual del FNA prevé en su etapa de planeación la realización de la consulta de precios y

²⁴⁹ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 8.

²⁵⁰ Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: artículo 3.6.1.

condiciones de mercado, a través de la solicitud de cotizaciones, análisis histórico de precios, y demás estudios para la determinación del valor del Contrato²⁵¹. Además, señala que debe justificarse la adecuación del Contrato a los planes, programas y proyectos de la institución, teniendo en cuenta tanto el Plan Anual de Requerimiento y Compras, como las estrategias de abastecimiento preestablecidas en la Entidad²⁵².

De igual manera, el manual de contratación del Icetex señala que la planeación de las contrataciones estará encaminada al cumplimiento de los objetivos institucionales, fundamentándose en planes, programas o proyectos, estudios de mercadeo, presupuesto previos, y estudios previos²⁵³; y establece que los estudios previos deben incluir además de los elementos esenciales del Contrato y sus características técnicas, los criterios de selección de la oferta, los requisitos de experiencia, tipificación, estimación y asignación de riesgos y análisis de garantías²⁵⁴.

Finalmente en el caso de la FDN, no está institucionalizada la elaboración de estudios previos, aunque se exige agotar con algunos aspectos previos a la suscripción del contrato tales como, contar con la disponibilidad presupuestal, solicitar las cotizaciones correspondientes y realizar un análisis de garantías en el caso de contratos de tecnología²⁵⁵.

En conclusión, de los siete manuales de contratación revisados, la mayoría, estos son, seis casos, tienen institucionalizada la elaboración de estudios previos bastante completos, los cuales incorporan no solo la definición de los elementos esenciales del contrato y sus características técnicas sino elementos como el análisis de riesgos y garantías y análisis específicos para definir el valor estimado del Contrato, coincidiendo con lo exigido en los estudios previos elaborados por las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación pública²⁵⁶.

²⁵¹ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.4.17.

²⁵² *Ibidem*. Cf.: artículo 7.9.

²⁵³ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 2.

²⁵⁴ *Ibidem*. Cf.: artículo 25.

²⁵⁵ Financiera de Desarrollo Nacional. Op. Cit. Cf.: ítem 8.

²⁵⁶ Decreto 1510 de 2013, Cf.: artículo 20.

3.1.2.3.2 Saneamiento en los procesos de contratación

En algunos manuales de contratación se establecen medidas dirigidas a la culminación efectiva de los procesos de contratación, reflejo de los principios de economía, eficacia y celeridad aplicados a los establecimientos de crédito de carácter estatal.

En este sentido, el manual de contratación del Banco Agrario dispone sobre el saneamiento de los procedimientos de contratación, que tendrá lugar cuando la Entidad detecte defectos en la forma como se ha llevado a cabo el proceso, siempre que los mismos no tengan la gravedad suficiente para desvirtuar la esencia del mismo; aclara que ésta medida tendrá por objeto exclusivo garantizar el efectivo cumplimiento de los principios que rigen la actividad contractual de la entidad, así como honrar los derechos de los oferentes²⁵⁷.

El manual de contratación de Caprovimpo establece que es posible sanear el proceso de contratación específicamente por razón del desconocimiento de algún requisito establecido en dicho manual, y siempre que se afecten los principios esenciales del mismo, pero exige que en todo caso se respeten los derechos del debido proceso, contradicción e igualdad²⁵⁸.

El FNA es más específico en cuanto al procedimiento para sanear el proceso al señalar que cuando se detecten irregularidades en un proceso contractual, la Entidad podrá sanearlo ordenando que se retrotraiga a la etapa correspondiente, con el propósito de ejecutarla correctamente, o podrá ordenar que se adopten las medidas necesarias que permitan remediar el inconveniente presentado, sin alterar la esencia del procedimiento de selección²⁵⁹.

A su turno, el manual de contratación del Icetex establece que en los procesos de contratación primara lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no se podrán rechazar ofertas por la ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan

²⁵⁷ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 20.

²⁵⁸ Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 21.5.

²⁵⁹ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.4.16.

los factores de escogencia establecidos en los pliegos de condiciones, los cuales podrán ser solicitados por la Entidad, en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación del Contrato. Sin embargo, aclara que no se podrá subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta, ni acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre de la oferta, ni adicionar o mejorar el contenido de la oferta²⁶⁰.

No obstante, también se evidencia en algunos manuales de contratación que existe amplia flexibilidad para suspender o cancelar los procesos iniciados; por ejemplo, el Banco Agrario podrá suspender un procedimiento de contratación cuando se presenten circunstancias de interés de la Entidad que así lo demanden y que puedan afectar la normal culminación del procedimiento²⁶¹; y en el caso de Caprovimpo existe total discrecionalidad para suspender o cancelar sus procesos de contratación²⁶².

3.1.2.4 Principio de publicidad

Sobre este principio, que encuentra sustento tanto en la Constitución como en la Ley²⁶³, Jaime Orlando Santofimio señala que responde a la necesidad ciudadana, propia del estado democrático, de exigir la actuación transparente del Estado, donde los administrados tienen la posibilidad de conocer los motivos que guían la actuación de la administración²⁶⁴.

Así, a diferencia de las relaciones jurídico privadas, las relaciones jurídico administrativas son eminentemente públicas por naturaleza²⁶⁵, y solo la Constitución

²⁶⁰ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 26.

²⁶¹ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 21.

²⁶² Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 21.6.

²⁶³ Al respecto, el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone que *todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley y*, el artículo 3 del de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que las autoridades, en virtud del principio de publicidad, darán a conocer al público y los interesados, sin que necesidad de petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan la Ley.

²⁶⁴ Santofimio G. Op. Cit. Cf.: p. 99.

²⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 31 de enero de 2011, Expediente 17767. Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-957 del 1 de diciembre de 1999. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

y la ley están llamadas a definir las excepciones al principio de publicidad, excepciones que en materia bancaria adquieren relevancia, en razón al postulado de la “reserva bancaria”, sobre el que trataremos más adelante.

En materia de contratación pública, la aplicación del principio de publicidad busca promover la libre e igual concurrencia en los procesos contractuales con el fin de mejorar las probabilidades de seleccionar el ofrecimiento más favorable para la entidad²⁶⁶.

Así, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se destacan como manifestaciones del principio de publicidad las siguientes: i) la divulgación de los actos relativos a la apertura de los procedimientos reglados de selección; ii) la facultad de los oferentes de conocer informes y decisiones producidos en el curso del proceso, con el propósito de permitirles la formulación de observaciones; y iii) la publicidad de los informes de evaluación con el propósito de que los proponentes formulen las observaciones pertinentes, iv) la obligación de las autoridades de suministrar copia de las actuaciones adelantadas y de las propuestas presentadas a cualquier persona que demuestre interés legítimo, respetando las restricciones legales²⁶⁷.

De otra parte, Fiorini señala que el oferente por el hecho de haberse presentado a un proceso de selección, pasa de ser un simple administrado y se convierte en potencial adjudicatario y contratista estatal; y la efectividad de sus derechos está condicionada al conocimiento prolijo que debe tener del proceso selectorio²⁶⁸.

Concretamente, sobre la aplicación del principio de publicidad por parte de las entidades financieras de carácter estatal, la Contraloría señaló que dichas entidades deben usar las herramientas legales y tecnológicas disponibles (diario único de contratación, página web institucional y demás medios de difusión), para dar a

Cf.: Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Expediente 24715. Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-293 del 2 de abril de 2008.

²⁶⁶ Giorgi et al. *Responsabilidad disciplinaria del servidor público en materia de contratación estatal*, Cf.: pp. 105 y 106.

²⁶⁷ Ley 80 de 1993. Cf.: Exposición de motivos,

²⁶⁸ Fiorini. *Derecho Administrativo*. Cf.: pp. 640-646.

conocer a la ciudadanía la forma en que se invierten los recursos públicos en ejercicio de su actividad contractual, de manera que además de informarse, les permita ejercer una participación activa en la vigilancia de la gestión pública desplegada.²⁶⁹

Así, para los entes de control es claro que los establecimientos de crédito estatales, no obstante su condición, deben poner a disposición de la comunidad en general las veedurías ciudadanas, órganos de control, organizaciones sociales, la información relativa a su gestión contractual, salvo aquella sujeta a reserva judicial o legal, como el secreto industrial y la información comercial²⁷⁰. Consideramos oportuno señalar que, como el principio de publicidad debe aplicarse respetando las restricciones de orden legal, estas adquieren particular relevancia en el caso de los establecimientos de crédito, que están obligados a mantener la “reserva bancaria”.

La reserva bancaria es una de las garantías más valiosas que tienen los clientes de las entidades financieras²⁷¹ e implica guardar secreto de las informaciones que los establecimientos de crédito reciben de los terceros con quienes celebran cualquiera de las operaciones financieras que le autoriza la Ley, salvo cuando se trate del requerimiento de las autoridades competentes en los casos señalados en la Ley o de la información suministrada a la UIAF sobre operaciones sospechosas que pudieren facilitar el lavado de activos y la financiación del terrorismo²⁷².

En consecuencia, en razón de la aplicación del principio de publicidad, no puede transgredirse la reserva bancaria que cobija las actuaciones de los establecimientos de crédito de carácter estatal, los cuales pueden invocar dicha reserva frente a la celebración de las operaciones de crédito y la suscripción de los contratos que las respaldan.

²⁶⁹ Contraloría General de la República. Cf.: Concepto con radicado número 2010 IE29371 del 10 de diciembre de 2010.

²⁷⁰ Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander. Op. Cit. Cf.: p. 25.

²⁷¹ Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica 007 de 1996, Numeral 4.1 del Capítulo Noveno del Título Primero y Superintendencia Bancaria. Cf.: Concepto con radicado número 2004003063-1 del 19 de febrero de 2004.

²⁷² Corte Constitucional. Cf.: Sentencia C-053 del 16 de febrero de 1995.

3.1.2.4.1 Publicidad de los procesos contractuales.

En torno al principio de publicidad es posible encontrar en los manuales de contratación de diferentes establecimientos de crédito de carácter estatal definiciones y referencias al respecto. Estas definiciones incluyen objetivos como promover el acceso y participación en los procesos contractuales²⁷³ y por otra parte deberes como dar a conocer los actos y documentos que guarden relación con el proceso mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la Ley²⁷⁴.

En cuanto a la publicación de los documentos generados a lo largo del proceso de contratación, encontramos entidades en las cuales, en principio, se exige como regla general, la publicación de todos los documentos generados durante el proceso de contratación a través, principalmente, de la página web de la Entidad. Es el caso del Icetex²⁷⁵, el FNA²⁷⁶ y el Banco Agrario²⁷⁷.

No obstante, en dichas entidades también se introducen importantes excepciones. Es así como, en el Banco Agrario los estudios previos se catalogan como documentos confidenciales que no serán objeto de publicación; además, en los procesos adelantados bajo la modalidad de selección de mercado solo se exige publicar la relación de los contratos suscritos durante el mes²⁷⁸. Por su parte, en el FNA, no están obligados a publicar los documentos de los procesos cuyo valor sea inferior al veinte por ciento (20%) de 1000 SMMLV²⁷⁹.

En otras Entidades, como es el caso de la FDN, FNG y Caprovimpo solo se exige publicar los documentos generados durante los procesos que se adelanten bajo la modalidad de Licitación Pública²⁸⁰. De hecho, en la FDN se dispone que los

²⁷³ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 7.9, ítem 10.

²⁷⁴ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: p. 9. Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: ítem 22.

²⁷⁵ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 2, numeral 15.

²⁷⁶ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 1.4.12.

²⁷⁷ Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 24.

²⁷⁸ *Ibidem*. Cf.: artículo 25.

²⁷⁹ Fondo Nacional del Ahorro Op. Cit. Cf.: artículo 1.4.12.

²⁸⁰ Financiera de Desarrollo Nacional. Op. Cit. Cf.: ítem 18. Fondo Nacional de Garantías. Op. Cit. Cf.: artículos 3.8.17 a 3.8.15. Caprovimpo. Op. Cit. Cf.: artículo 20.1.

procesos en los que no se aplique licitación pública, solo se publicará en la página web de la Entidad la relación de los contratos suscritos durante el mes²⁸¹.

Por otra parte, se evidenció que, en todos los casos, en aplicación del principio de publicidad, los informes de evaluación de los procesos de selección pública se darán a conocer a todos los participantes con el propósito de que formulen las observaciones del caso.

Como corolario de lo expuesto, podemos señalar que los principios de la función administrativa, a saber, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, reconocen la existencia de postulados esenciales, a partir de los cuales se estructura y logra coherencia el funcionamiento de la administración pública, incluyendo los temas de contratación y control al gasto público.

Estos principios constituyen un límite a la discrecionalidad de los servidores públicos en sus procesos contractuales y la garantía de que los mismos van a estar encaminados al cumplimiento de las finalidades públicas, más allá del régimen privado que puedan aplicar, como es el caso de los establecimientos de crédito estatales; en consecuencia, los operadores jurídicos deben tomar una posición jurídica en situaciones concretas orientados por los postulados incorporados en dichos principios.

3.1.2.5 Modalidades de selección

Al revisar los manuales de contratación de los establecimientos de crédito estatales que nos han servido como punto de referencia en esta investigación, encontramos que todos incorporan diferentes modalidades para la selección de contratistas que incluyen la selección pública, la invitación privada y la contratación directa. Lo que cambia en tales entidades es el criterio para la escogencia de una u otra modalidad, que en unos casos depende del objeto del Contrato y en otros de su cuantía, pero las causales específicas y las cuantías varían entre una y otra entidad,

²⁸¹ Financiera de Desarrollo Nacional. Op. Cit. Cf.: ítem 18.

seguramente porque son producto de la experiencia particular de cada una, siendo difícil establecer un patrón común.

A continuación, expondremos el manejo de dichas modalidades en las Entidades mencionadas hasta el momento:

a. Modalidades relacionadas con la invitación pública de oferentes dirigida a personas indeterminadas (se analizaron siete manuales de contratación en total)

ENTIDAD: BANCO AGRARIO	
Modalidad: <u>Procedimiento de abastecimiento para la adquisición de bienes y/o servicios no uniformes</u> (Manual de contratación, artículos 30 a 33).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Es el procedimiento a utilizar por regla general, salvo las situaciones previstas para los demás procedimientos establecidos en el Manual.	Exige la elaboración de un documento de invitación pública en donde se identifique el objeto del contrato y sus especificaciones, factores de habilitación y de calificación, cronograma, disponibilidad presupuestal, garantías y cualquier otro ítem que se considere necesario.
	Los plazos de las diferentes etapas del procedimiento están regulados en el Manual de Contratación.
	En la evaluación de las ofertas se aplicarán exclusivamente los criterios de calificación de calidad y precio previstos en la respectiva invitación y se señalará el correspondiente orden de elegibilidad de las ofertas. En todo caso, se ponderarán los eventos de incumplimiento que registre el oferente en la ejecución de contratos celebrados con la Entidad para lograr la adopción de la propuesta más favorable y conveniente a sus intereses. La Entidad debe publicar el informe de evaluación, el cual podrá ser controvertido por los oferentes y la Entidad deberá responder las correspondientes observaciones.
Modalidad: <u>Procedimiento de abastecimiento para la adquisición de bienes y/o servicios de características técnicas uniformes</u> (Manual de contratación, artículos 34 a 35).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Adquisición de bienes que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o características descriptivas, y que comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.	Se aplica alguna de las siguientes opciones para llevar a cabo el procedimiento:
	a. Subasta inversa como mecanismo para la conformación dinámica del precio: en este caso, el procedimiento se iniciará con la formulación de la invitación pública, incluyendo la ficha técnica correspondiente, y el único factor de calificación será el precio.
	b. Adquisición a través de bolsas de productos: el procedimiento se adelantará según el régimen establecido para el efecto por las disposiciones legales sobre los mercados de tales bolsas y en los reglamentos de la bolsa a través de la cual vaya a realizar las adquisiciones.
	c. Adquisición mediante Convenios Marco celebrados por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

ENTIDAD: CAPROVIMPO	
Modalidad: <u>Solicitud pública de ofertas</u> (Manual de contratación artículo 19 a 23)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Aplica a las situaciones que no estén asignadas a otra modalidad de selección de las establecidas en el Manual de Contratación de la Entidad.	Exige la publicación en la página web de la Entidad de las condiciones de participación, las cuales deben definir todas las reglas que gobiernan el proceso incluyendo, las condiciones técnicas del contrato, las condiciones de adjudicación y las causales de rechazo. Los interesados deben realizar un proceso de inscripción, y en caso de inscribirse más de diez la Entidad puede realizar un sorteo para limitar el número de participantes a dicha cifra.
	El Manual de contratación establece los documentos mínimos de carácter jurídico, financiero y técnico, así como los indicadores financieros que deben exigirse en este tipo de procedimientos. Así mismo, el Manual de Contratación define cuales deben ser los criterios de Calificación y evaluación.
	No se regulan los plazos de las diferentes etapas del procedimiento.
	La Entidad debe publicar el informe de evaluación, el cual podrá ser controvertido por los oferentes y la Entidad deberá responder las correspondientes observaciones.

ENTIDAD: FONADE	
Modalidad: <u>Oferta pública</u> (Manual de contratación: numeral 6.1 del artículo 6, numeral 7.1 del artículo 7 y numeral 8.2 del artículo 8).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Aplica a las situaciones que no estén asignadas a otra modalidad de selección de las establecidas en el Manual de Contratación de la Entidad	Exige la publicación en la página web de la Entidad de las reglas de participación los cuales deben incluir los requisitos jurídicos, técnicos, financieros y económicos para la aceptación de la oferta. Además, en todo caso, se debe exigir la acreditación de experiencia en contratos de iguales o superiores características del objeto a contratar.
	Los plazos de las diferentes etapas del procedimiento están regulados en el Manual de Contratación
	Con base en las ofertas económicas que cumplan con los requisitos previstos en las reglas de Participación se establece un orden de elegibilidad y posteriormente se verifica el cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos y financieros de los ubicados en los tres primeros lugares, con base en lo cual se realiza la recomendación de aceptación de la oferta de quien cumpla con todos los requisitos y éste en el mejor lugar del orden de elegibilidad.
	La Entidad debe publicar el informe de evaluación, el cual podrá ser controvertido por los oferentes y la Entidad deberá responder las correspondientes observaciones.

ENTIDAD: FONADE	
Modalidad: <u>Selección abreviada a través de bolsa de productos</u> (Manual de contratación, numeral 6.3 del artículo 6).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Adquisición de bienes y servicios de acuerdo con el listado que para el efecto estandarice, tipifique, elabore y actualice la correspondiente bolsa de productos.	Se aplican las disposiciones legales y los reglamentos establecidos para los mercados de la bolsa de productos.
Modalidad: <u>Oferta cerrada</u> (Manual de contratación, numeral 7.2 del artículo 7).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Selección de consultores, salvo casos de mínima cuantía o contratación directa.	El procedimiento inicia con la convocatoria pública en la cual se publican las reglas de participación en el mismo sentido que en la modalidad de Oferta Pública.
	La particularidad que presenta esta modalidad es que, en el acto público de cierre para la presentación de ofertas y al azar se consolida la lista de oferentes entre las ofertas recibidas la cual será máximo de 5 ofertas, aunque por la complejidad del proceso la Entidad puede decidir evaluar la totalidad de las ofertas

ENTIDAD: ICETEX	
Modalidad: <u>Selección pública del contratista</u> (Manual de contratación, artículos 32, 37)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> - Contratos de cuantía superior a 1000 SMMLV. - Cuando el objeto del contrato es: consultoría; asesoría técnica de coordinación, control y supervisión; interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos; dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos; intermediarios de seguros. 	Exige publicar los pliegos de condiciones en los cuales se establezcan los requisitos jurídicos, financieros, técnicos y económicos que deben cumplir los oferentes. Además, en todo caso, se debe exigir la acreditación de experiencia en contratos de iguales o superiores características del objeto a contratar
	El Manual de contratación establece los plazos de cada una de las etapas del procedimiento.
	La Entidad debe publicar el informe de evaluación, el cual podrá ser controvertido por los oferentes y la Entidad deberá responder las correspondientes observaciones
	En caso de no lograrse la adjudicación, el ICETEX publicará el correspondiente acto administrativo declarando desierto el proceso.

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DE GARANTIAS	
Modalidad: <u>Invitación pública</u> (Manual de contratación, numerales 3.7 y 3.8 del artículo 3).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Cuando la cuantía de la contratación sea superior a 450 SMMLV.	Exige la publicación de las condiciones o términos para la presentación de ofertas, los cuales deben incluir el objeto, el presupuesto oficial, el cronograma del proceso, los criterios de calificación de las ofertas y las causales de rechazo
	La evaluación de las ofertas debe realizarse desde los aspectos jurídico, financiero y técnico.
	La Entidad debe publicar el informe de evaluación, el cual podrá ser controvertido por los oferentes y la Entidad deberá responder las correspondientes observaciones.

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DEL AHORRO	
Modalidad: <u>Solicitud pública de ofertas</u> (Manual de contratación, numerales 1.4, 1.8.1 y 2.2)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Contratos de cuantía superior al veinte por ciento (20%) de 1000 SMMLV. Contratación de actividades que tengan que ver con el funcionamiento de la entidad o actividades no relacionadas con el objeto misional ni conexas con éste.	Exige la publicación de los pliegos de condiciones tanto en la página web de la entidad como en el Portal Único de Contratación.
	Las ofertas se analizan en sus aspectos técnico y económico, y en cuanto los valores agregados de calificación; o solo en el aspecto económico, según lo dispuesto en los pliegos de condiciones.
	El Manual de contratación establece como requisito mínimo para contratar que las personas jurídicas nacionales o extranjeras acrediten antigüedad de constitución no inferior a cinco años.
	El Manual de contratación establece los plazos para cada etapa del procedimiento, aunque existe amplia discrecionalidad para prorrogarlos.
	Se deja a disponibilidad de los oferentes el informe de evaluación para que presenten sus observaciones.

ENTIDAD: FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL	
Modalidad: <u>Licitación pública</u> (Manual de contratación, numeral 3)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Contrato de cuantía superior a 1000 SMMLV, siempre que no corresponda a alguna causal de contratación directa.	Exige la elaboración de un pliego de condiciones que identifique el objeto del contrato; las características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos; el presupuesto; factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos; criterios de desempate; requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación; término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.
	Existe discrecionalidad para que en cada proceso que se adelante se establezcan los plazos de cada etapa del procedimiento.
	No exige ningún mínimo de etapas o requisitos que se deban cumplir dentro del procedimiento.

b. Modalidades relacionadas con la invitación privada de oferentes dirigida a personas determinadas. Se analizaron cinco (5) manuales de contratación en total.

ENTIDAD: BANCO AGRARIO	
Modalidad: <u>Procedimiento de contratación para la competitividad</u> (Manual de contratación, artículos 36 a 38)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<p>Contratación de bienes, obras o servicios que por su especial complejidad requieren ser diseñados o entregados a la medida de las necesidades de la Entidad y que incidan en la eficiencia que demanda la situación de competencia en el sector financiero.</p> <p>Contratos de consultoría cuya cuantía sea superior a 200 SMMLV.</p>	Exige elaborar una invitación privada en la que se describan los principales elementos del Contrato a celebrar y se deben presentar mínimo dos ofertas.
	El Manual de contratación enuncia los criterios de calificación de la calidad de las ofertas: i) experiencia específica del oferente, ii) calidades y experiencia del equipo de trabajo ofrecido, iii) en caso de establecer el precio como factor de evaluación, el mismo no podrá tener un peso superior al 30% en la ponderación que se realice, y iv) Podrá evaluarse la propuesta técnica presentada y su capacidad de satisfacer en mayor grado las necesidades de la Entidad.
	No se da traslado del informe de evaluación a los invitados a presentar oferta.
	El Comité Nacional de Contratación determinará si hay lugar a realizar negociaciones, con el propósito de introducir los ajustes a la oferta para obtener la mejor calidad posible en las prestaciones a contratar; sin embargo, en ningún caso las negociaciones podrán conducir a un incremento en el precio contenido en la oferta seleccionada, ni a unas menores condiciones o calidad de los bienes y servicios ofrecidos.

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	
Modalidad: <u>Oferta privada</u> (Manual de contratación: numeral 3.7.3, artículo 3).	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<p>Cuando la cuantía de la contratación sea superior a 45 SMMLV y hasta 450 SMMLV.</p> <p>Servicios de revisor fiscal o de defensor del cliente del FNG.</p> <p>Adquisición de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la parametrización de software a la medida de las necesidades del FNG.</p> <p>Adquisición de bienes o servicios que requieren altos estándares técnicos o de diseño, acorde con las especificaciones definidas por el FNG</p>	<p>Se deben elaborar las condiciones o términos para presentar oferta, las cuales deben incluir el objeto, presupuesto oficial, fecha y hora de la entrega y apertura de las ofertas, requisitos para proponer, criterios de calificación de las ofertas, causales de eliminación de la propuesta.</p> <p>No establece un mínimo de personas a las que deba dirigirse la invitación.</p> <p>Los oferentes tienen la oportunidad de presentar observaciones a las condiciones para presentar oferta y al informe de evaluación.</p>

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	
Modalidad: <u>Oferta mercantil aceptada</u> (Manual de contratación, numeral 3.8.4)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Cuando la cuantía de la contratación sea superior a 45 SMMLV y hasta 450 SMMLV.	Es un procedimiento expedito, en el cual se realiza la solicitud del bien o servicio, y sin necesidad de comité de evaluación, cualquiera de los representantes legales selecciona la mejor oferta. La Entidad envía una aceptación de la oferta generando una orden de compra o servicios
Modalidad: <u>Contratación de mínima cuantía</u> (Manual de contratación, numeral 3.8.5)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Adquisición de bienes y servicios cuyo valor sea inferior a dos (2) SMMLV pero superior a la cuantía definida para los gastos objeto de la Caja Menor del FNG.	Deben solicitarse como mínimo dos (2) cotizaciones.
	El jefe del área solicitante debe diligenciar el formato de cumplimiento de requisitos para este tipo de contratación, en donde conste que el proveedor del bien o servicio cumple con los requisitos previstos en el Manual de Contratación y con base en dicho formato se realiza el respectivo pago.

ENTIDAD: CAPROVIMPO	
Modalidad: <u>Solicitud privada de ofertas</u> (Manual de contratación, numeral 19.2)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Adquisición de bienes muebles y/o servicios que se requieran para la ejecución, desarrollo y cumplimiento del objeto social de la Entidad.	Deben solicitarse como mínimo dos (2) cotizaciones.
Contratos de consultoría.	El jefe del área solicitante debe diligenciar el formato de cumplimiento de requisitos para este tipo de contratación, en donde conste que el proveedor del bien o servicio cumple con los requisitos previstos en el Manual de Contratación y con base en dicho formato se realiza el respectivo pago.
Actividades científicas, tecnológicas y de modernización.	Aplican todas las condiciones de participación, requisitos y etapas de la selección pública de ofertas, excepto lo relacionado con las publicaciones en la página web de la Entidad.
Si la solicitud pública de ofertas ha sido declarada desierta.	

ENTIDAD: FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL	
Modalidad: <u>Invitación privada</u> (Manual de contratación, numeral 5)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Contratos cuya cuantía se encuentre entre 500 y hasta 1000 SMMLV.	Exige elaborar un estudio de conveniencia y oportunidad.
	La Entidad debe contar mínimo con tres cotizaciones y con la autorización comité de compras.
	No existe ningún requisito no condición mínima para participar.

ENTIDAD: ICETEX	
Modalidad: <u>Invitación por lista corta</u> (Manual de contratación, artículo 38)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Contratos cuya cuantía se encuentre entre 40 y hasta 500 SMMLV.	El único requisito que establece el Manual de Contratación es contar con tres cotizaciones.
Contratos cuya cuantía se encuentre entre 400 y hasta 1000 SMMLV.	Se debe elaborar un pliego de condiciones y solicitar tres invitaciones que deben ajustarse a las condiciones indicadas en dicho pliego.

c. Modalidades relacionadas con la contratación directa que no requiere pluralidad de ofertas (Se analizaron siete manuales de contratación en total)

ENTIDAD: CAPROVIMPO	
Modalidad: <u>Contratación directa</u> (Manual de contratación, numeral 19.3)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Cuando en el mercado sólo exista un proveedor del bien o servicio a adquirir. • Cuando se trate de un bien o servicio con características específicas como suscripciones, software especializado etc. • Cuando el bien sea de extrema urgencia para evitar la parálisis en el funcionamiento de la Entidad o para prevención de riesgos en sus actividades, en sus funcionarios o en sus bienes. • Cuando se trate de contratos de prestación de servicios profesionales, o de ejecución de trabajos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas • Cuando se trate de la celebración de contratos de prestación de servicios de servicios de apoyo a la gestión de la Entidad que se deben celebrar cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta para prestar el servicio a contratar 	<p>Debe enviarse un requerimiento al oferente informándole las condiciones del bien o servicio a contratar.</p> <p>No existe ninguna etapa previa que deba agotarse (salvo la existencia de disponibilidad presupuestal) ni requisito o condición mínima para participar.</p>

ENTIDAD: BANCO AGRARIO	
Modalidad: <u>Selección de mercado</u> (Manual de contratación, artículos 39-40)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Contratos cuyo costo estimado sea inferior a los doscientos 200 SMMLV • Cuando se trate de contratos cuyo objeto sea la realización de una obra artística que se celebra en especial consideración de la persona con quien se contrata • Cuando las necesidades de la Entidad únicamente puedan ser satisfechas por una sola persona natural o jurídica, dadas las características técnicas del bien o servicio a contratar. • Cuando se necesite la contratación para la prestación de servicios profesionales especializados “intuitio personae”. • Cuando un procedimiento de contratación de abastecimiento o uno para la competitividad haya terminado sin presentarse o aceptarse ninguna oferta. • Cuando se presente una situación de apremio que pueda lesionar la continuidad, calidad, oportunidad comercial o seguridad de los servicios que debe prestar la Entidad. • Cuando se trate de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles para el funcionamiento de la Entidad. • Cuando se trate de convenios de cooperación empresarial con otras entidades públicas o privadas en las que sin realizar abastecimiento alguno, se acuerden prestaciones de colaboración mutua requeridas para la mejor prestación de los servicios a cargo de la Entidad, o a favor de terceros, tales como acuerdos de vinculación a redes, plataformas y/o sistemas de pago, negociación, compensación y/o liquidación de operaciones o valores, así como cualquier otro modo de alianza o cooperación para la prestación conjunta de servicios. • Cuando una situación determinada impida al BANCO realizar un proceso de selección en atención a la imposibilidad de agotar los plazos que el mismo supone, siempre y cuando se de alguna de las siguientes hipótesis: i) Se pueda lesionar la continuidad, calidad o la oportunidad comercial de los servicios de la Entidad, ii) Se pueda lesionar su capacidad de adoptar las medidas necesarias para satisfacer oportunamente sus obligaciones legales o contractuales. 	<p>La Entidad podrá contratar, sin necesidad de obtener más de una oferta, atendiendo las condiciones de mercado en términos de calidad, precio e idoneidad del oferente referente a su capacidad para ejecutar el contrato, con base en los resultados del estudio previo correspondiente.</p>

ENTIDAD: FINANCIERA DE DESARROLLO NACIONAL	
Modalidad: <u>Contratación directa</u> (Manual de contratación numeral 9)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Cuando en el mercado sólo exista un proveedor del bien o servicio a adquirir. • Cuando se trate de un bien o servicio con características específicas como suscripciones, software especializado etc... • Cuando el bien sea de extrema urgencia para evitar la parálisis en el funcionamiento de la Entidad o para prevención de riesgos en sus actividades, en sus funcionarios o en sus bienes. • Cuando se trate de contratos de prestación de servicios profesionales, o de ejecución de trabajos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas • Cuando se trate de la celebración de contratos de prestación de servicios de servicios de apoyo a la gestión de la Entidad que se deben celebrar cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta para prestar el servicio a contratar 	<p>Debe enviarse un requerimiento al oferente informándole las condiciones del bien o servicio a contratar.</p> <p>No existe ninguna etapa previa que deba agotarse (salvo la existencia de disponibilidad presupuestal) ni requisito o condición mínima para participar.</p>

ENTIDAD: FONADE	
Modalidad: <u>Contratación directa</u> (Manual de contratación, numeral 6.4)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Prestación de servicios profesionales, servicios de apoyo a la gestión, y ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas. • Contratos con entidades públicas. • Desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. • Contratos de arrendamiento y adquisición de inmuebles. • Cuando no exista pluralidad de oferentes. • Contratos que tengan por objeto una actividad complementaria y subsiguiente de otra previamente desarrollada que por razones técnicas jurídicas o económicas deba ser ejecutada por el mismo contratista. • Ejecución de programas de atención a población vulnerable. • Operaciones de crédito y actividades conexas, así como aquellos relacionados con operaciones financieras y bancarias requeridas para el funcionamiento u operación de la Entidad. • Cuando procedimientos adelantados bajo otras modalidades hayan resultado fallidos. • Contratación inferior al 10% de la mínima cuantía. • Situaciones de urgencia manifiesta. 	<p>El único requisito que deba agotarse es la elaboración de estudios previos en los cuales se establezca la necesidad de la contratación, su objeto, condiciones técnicas, valor estimado del Contrato, justificación para acudir a la modalidad de contratación directa, justificación de pago anticipado o anticipo.</p>

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS	
Modalidad: <u>Contratación directa de derecho privado</u> (Manual de contratación, numeral 3.7.4)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Por contingencia derivada de la activación del Plan de Continuidad del Negocio. • Contratación de empréstitos y operaciones de crédito público. • Convenios o contratos interadministrativos. • Cuando no exista pluralidad de oferentes. • Prestación de servicios profesionales que impliquen la ejecución de trabajos artísticos. • Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas dada la reconocida experiencia e idoneidad para desarrollar el objeto del contrato. • Arrendamiento o adquisición de inmuebles. • Cuando se declare desierta una Invitación Pública o Invitación Privada. • Permuta de bienes, enajenación de BRDPs, operaciones de tesorería. • Contratación de los servicios de subasta o martillo para la venta de BRDPs y activos fijos en desuso. 	Exige la existencia de una reserva de gasto, certificado de disponibilidad presupuestal (CDP) o vigencia futura y el análisis del tema por parte del Comité de adquisición de bienes y servicios.

ENTIDAD: ICETEX	
Modalidad: <u>Contratación directa</u> (Manual de contratación, artículo 39)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • Contratos de cuantía inferior a 400 SMMLV. • No existe pluralidad de ofertas. • Prestación de servicios profesionales o consultoría de personas naturales. • Situaciones de urgencia extrema o manifiesta. • Enajenación de bienes de la Entidad. • Compra o arriendo de bienes inmuebles. • Contrato con proveedor extranjero si los bienes o servicios no pueden ser ofrecidos por proveedor nacional. 	Exige contar con tres cotizaciones y dejar constancia de los criterios que sirvieron de base para la selección del Contratista.
Modalidad: <u>Contratación de mínima cuantía</u> (Manual de contratación, artículo 40)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
Contratación igual o menor a 30 SMMLV	La contratación se formaliza con la comunicación de aceptación de la oferta.

ENTIDAD: FONDO NACIONAL DEL AHORRO	
Modalidad: Contratación directa (Manual de Contratación artículo 1.4 y 2.1.1)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<p>Contratación que tenga por objeto la prestación de servicios profesionales o de trabajos artísticos “intuitu personae”, esto es, que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas.</p> <p>Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos y no hubiere personal de planta suficiente o idónea para prestar el servicio a contratar.</p> <p>Contratos de actividades que tengan relación directa o conexas con el objeto misional de la entidad como la administración de cesantías, crédito, atención al afiliado, la captación de ahorro voluntario, la administración de cuentas y pago de estas, desembolsos, facturación y/o la cartera, la gestión comercial, y sus actividades conexas, entre otras, cuya cuantía sea igual o superior al 20% de 1000 SMMLV.</p> <p>En consideración a la especialidad del objeto contractual.</p> <p>Contratos con entidades estatales.</p> <p>Arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles.</p> <p>Cuando no haya pluralidad de oferentes.</p> <p>Contratación de empréstitos.</p> <p>Contratos de prestación de servicios para la defensa judicial y administrativa de los intereses de la entidad.</p>	<p>Se debe realizar un análisis de conveniencia y oportunidad de la contratación, enviar la invitación al posible contratista y realizar el análisis de la oferta que se ajuste a los intereses de la Entidad.</p>
Modalidad: <u>Solicitud de oferta de mínima cuantía</u> (Manual de contratación, artículo 3)	
Causales	Aspectos relevantes del procedimiento
<p>Contratos por valor inferior al veinte por ciento (20%) de 1000 SMMLV, independientemente del objeto y la naturaleza del bien a contratar.</p>	

En general, como vemos, las siete entidades que sirvieron como punto de referencia incluyen en sus manuales de contratación modalidades de invitación pública, que en todos los casos suponen la elaboración de unas condiciones de participación que regulan las reglas del procedimiento y definen, como mínimo, el objeto del contrato, sus especificaciones, los criterios de selección y las causales de rechazo; así mismo, establecen el derecho para los participantes de conocer los documentos del proceso y controvertir el informe de evaluación.

Sin embargo, la invitación pública resulta excepcional, dado que las causales para contratar bajo modalidades de oferta cerrada dirigida a personas determinadas o

de contratación directa son tan generales que abarcan gran parte de la contratación de cada entidad; por ejemplo, se incluyen situaciones como bienes o servicios que se requieren a la medida de las necesidades de la Entidad y bastantes actividades relacionadas con la ejecución de su objeto misional. En todo caso, lo que si puede observarse es que se exige la idoneidad del Contratista y la justificación para acudir a dichas modalidades.

3.2 Los establecimientos de crédito estatales: distancia frente a los Privilegios de la Administración Contratante

El régimen de excepción de los establecimientos de crédito de carácter estatal no solo trae como consecuencia la apertura de un espacio de libertad y flexibilidad para lograr una relación más igualitaria y competitiva en el campo en el cual ejercen sus funciones, sino que, por las mismas razones, correlativamente se les restringe la aplicación de privilegios propios de la administración contratante.

Para el caso de las Entidades sujetas al Estatuto General de Contratación, la intención contractualista anunciada en el artículo 13 de dicha norma, se ve disminuida con el otorgamiento a la entidad contratante de prerrogativas que ejerce sobre su contratista, que la dejan en una posición de superioridad, y cuya imposición constituye una manifestación del derecho público *versus* la relación igualitaria entre las partes característica del derecho privado.

Ahora bien, el fundamento de dichos privilegios se encuentra en la defensa del servicio público, lo cual los convierte no en una expresión de poder arbitrario sino en una expresión de la defensa del interés general.

Una situación diferente es la de los establecimientos de crédito de carácter estatal, en relación con los cuales no existe una habilitación expresa para hacer uso de los privilegios que el derecho público le otorga a la administración contratante. Por lo tanto, a continuación analizaremos la situación de tales entidades con respecto a las siguientes prerrogativas: i) cláusulas excepcionales al derecho común, ii) prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común, y iii) prerrogativas extracontractuales.

3.2.1 Clausulas excepcionales al derecho común

La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 señala que, si bien las prerrogativas de la administración contratante constituyen el contrapeso de la autonomía de la voluntad de las partes, su propósito es que la administración esté dotada de mecanismos eficaces, así sean excepcionales, que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales²⁸².

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 incluyó como cláusulas excepcionales las de interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad y reversión²⁸³. Al respecto, dicha Ley consagra una regulación específica frente a cada una de tales prerrogativas, las cuales, en general, se encuentran dirigidas a evitar la paralización o afectación grave del servicio público y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación; así mismo, la Ley establece las condiciones que deben cumplirse para que la administración legítimamente pueda hacer uso de dichos poderes, así:

a) La interpretación unilateral procede si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones. En este caso, la administración podrá interpretar dichas disposiciones y su interpretación es vinculante para las partes²⁸⁴.

b) La modificación unilateral, también conocida por la doctrina como el *ius variandi*, procede frente a la necesidad de introducir variaciones en el contrato con relación a las condiciones inicialmente pactadas. En este caso, si las partes no logran un acuerdo sobre dicha variación, la administración unilateralmente impondrá la modificación respectiva²⁸⁵.

c) La terminación unilateral ocurre ante ciertas circunstancias que tienen la virtualidad de alterar la normal ejecución del objeto del contrato estatal, las cuales se

²⁸² Ley 80 de 1993. Cf.: Exposición de motivos.

²⁸³ *Ibidem*. Cf.: artículos 15, 16 y 17.

²⁸⁴ *Ibidem*. Cf.: artículo 15.

²⁸⁵ *Ibidem*. Cf.: artículo 16.

encuentran previstas de manera expresa en la Ley; es decir que, solo en esos casos la administración puede hacer uso de dicha potestad²⁸⁶.

d) La caducidad, entendida como la potestad de la entidad contratante para dar por terminado de manera anticipada un contrato en razón al incumplimiento del contratista²⁸⁷. La finalidad de la caducidad no es únicamente la terminación del Contrato, sino permitir la continuidad y conclusión satisfactoria del objeto contractual, para lo cual, la Ley le permite a la Entidad contratante terminar el contrato incumplido vinculando un contratista que satisfaga las obligaciones incumplidas²⁸⁸.

Con posterioridad a la Ley 80 de 1993, se han promulgado leyes que incluyen causas adicionales para declarar la caducidad del contrato, por ejemplo, las relacionadas con comportamientos tolerantes frente a las actividades de los grupos armados organizados al margen de la Ley²⁸⁹, y cuando se declare responsable a un contratista en proceso de responsabilidad fiscal²⁹⁰.

e) La reversión es una cláusula de obligatoria inclusión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, según la cual, al terminar la ejecución del Contrato, todos aquellos bienes que están directamente relacionados con la prestación del servicio, pasarán a ser de propiedad de la entidad contratante sin que se cause ninguna contraprestación adicional a la originalmente convenida en el contrato²⁹¹.

La interpretación, modificación y terminación unilaterales, así como la caducidad son cláusulas excepcionales de obligatoria inclusión en algunos contratos, de voluntaria inclusión en otros y de prohibida inclusión en otros.

Son de obligatoria inclusión en los contratos que tiene por objeto la prestación de servicios públicos, los que tienen por objeto un monopolio público, y los de explotación o concesión de bienes de las entidades estatales y los contratos de obra, contratos que tradicionalmente se asimilan a la prestación de servicios públicos por

²⁸⁶ Ibidem. Cf.: artículo 17.

²⁸⁷ Ibidem. Cf.: artículo 18.

²⁸⁸ Dávila Vinuesa, *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Cf.: p. 441.

²⁸⁹ Ley 782 de 2002. Cf.: artículo 31.

²⁹⁰ Ley 610 de 2000. Cf.: artículo 61.

²⁹¹ Ley 80 de 1993 Cf.: artículo 19.

parte del Estado. Son de voluntaria inclusión, en los contratos de suministro y prestación de servicios, considerados contratos de naturaleza comercial. Y se prohíbe su inclusión en los contratos relacionados con actividades comerciales o económicas que requieren la promoción de relaciones más igualitarias entre las partes²⁹².

Estos poderes excepcionales se ejercen a través de un acto administrativo motivado. Lo anterior, teniendo en cuenta que solo se aplican bajo circunstancias que lo hacen estrictamente necesario y cuando están dadas las condiciones que consagra la Ley, bajo criterios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe, y no solamente bajo la idea abstracta del poder de autoridad de la administración²⁹³. Por estas razones, la administración está obligada a motivar el ejercicio de sus poderes y los mismos podrán ser objeto de control por parte del juez administrativo.

Para Benavides dichos poderes excepcionales al derecho común, al igual que la generalidad de los privilegios de la administración, encuentran justificación en el servicio público y de manera más general en el interés general, otorgándole una legitimación concreta a las prerrogativas públicas²⁹⁴. En este sentido, la finalidad de la exorbitancia se expresa en la noción de continuidad del servicio público y en el cumplimiento de los fines del Estado que se concretan en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, configurando circunstancias que escapan a la discrecionalidad o arbitrariedad del servidor público.

De esta manera, tales prerrogativas de la administración tienen como propósito evitar que las posibles divergencias entre la administración contratante y el contratista particular puedan traducirse en un perjuicio para el interés público y afectar la prestación del servicio de que se trate el Contrato.

Como vemos, las cláusulas excepcionales que hemos mencionado se encuentran reguladas en la Ley, para ser aplicadas por las entidades sometidas al Estatuto general de contratación pública, bajo condiciones específicas y con el propósito de evitar afectaciones en la prestación del servicio público a cargo de

²⁹² Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 15.

²⁹³ Consejo Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 13 de octubre de 1994, Expediente 9847.

²⁹⁴ Benavides. Op. Cit. Cf.: p. 373.

dichas entidades y no como simple manifestación del poder arbitrario de la administración; no obstante, encontramos que algunos establecimientos de crédito de carácter estatal pretenden la aplicación de dichas cláusulas desconociendo la naturaleza excepcional de su régimen contractual que restringe dichos privilegios.

Es el caso del FNA que en el numeral 5.2 de su manual de contratación establece como una de las cláusulas que deben contener los contratos la siguiente:

Cláusulas Excepcionales: Cuando la Entidad lo estime conveniente incluirá en los contratos las cláusulas excepcionales al derecho común de: terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, las cuales se entenderán conforme a la definición contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²⁹⁵.

Por su parte, el Banco Agrario ha incorporado en la minuta de sus contratos cláusula de terminación anticipada unilateral incluyendo la siguiente causal: *Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga²⁹⁶*. Esta misma cláusula ha sido incluida en procesos de contratación adelantados por FONADE²⁹⁷. Sin embargo, dicha causal es propia de la terminación anticipada como cláusula excepcional aplicada por las entidades sometidas al estatuto General de Contratación Pública²⁹⁸.

3.2.2 Prerrogativas diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común

Benavides señala que, además de las cláusulas excepcionales al derecho común, existen otras prerrogativas de la administración contratante que diferencian su régimen contractual de la contratación propia del derecho privado, y las clasifica en

²⁹⁵ Fondo Nacional del Ahorro. Op. Cit. Cf.: artículo 5.2.

²⁹⁶ Banco Agrario. Cf.: Reglas de participación - Procedimiento de abastecimiento N° BAC 2013-0211, minuta del Contrato, Capítulo 4, cláusula vigésima, numeral segundo.

²⁹⁷ Fonade. Reglas de Participación Proceso N° OPC 025-2014, minuta del contrato, numeral 4.32, literal a).

²⁹⁸ Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 17, numeral 1.

prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común y prerrogativas extracontractuales de la administración²⁹⁹. En este caso nos referiremos a las siguientes prerrogativas de la administración:

a) Prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común: i. La liquidación unilateral del Contrato, y ii. La terminación unilateral fundada sobre ciertas nulidades contractuales.

b) Prerrogativas extracontractuales de la administración, las cuales se apoyan en la naturaleza pública de la entidad contratante según las reglas generales de la función administrativa, y no solo por su condición de parte contratante según el régimen de los contratos estatales, estas son: i) La imposición unilateral de cláusula penal, ii) La declaración de un siniestro constitutivo de riesgo asegurado.

Nos referiremos a dichas prerrogativas con el propósito de continuar con el ejercicio de identificar la distancia que existe entre los establecimientos de crédito estatales y los privilegios propios de la administración pública contratante.

3.2.2.1 Prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común

a. La liquidación unilateral del Contrato

La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, hagan un balance sobre la ejecución de sus obligaciones, decidan en qué estado quedan después de la ejecución y finiquiten la relación entre las partes del negocio.

En principio, las partes realizan este balance final de común acuerdo; no obstante, si ello no es posible, las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, están facultadas para proceder a la liquidación unilateral del Contrato³⁰⁰.

²⁹⁹ Benavides. Op Cit. Cf.: pp. 405-414.

³⁰⁰ Ley 1150 de 2007. Cf.: artículo 11.

La liquidación unilateral se realiza mediante acto administrativo motivado que goza de la presunción de legalidad, presta merito ejecutivo y para obtener su anulación, el contratista inconforme debe acudir a la jurisdicción administrativa.

No obstante, la figura de la liquidación unilateral se incorpora en la normatividad interna de algunos establecimientos de crédito de carácter estatal, los cuales regulan el procedimiento propio de la liquidación por mutuo acuerdo de sus contratos, y prevén que una vez agotados los términos para que dicha liquidación proceda se acudirá a la liquidación unilateral por parte de la entidad.

Es el caso del Icetex y Caprovimpo, cuyo manual de contratación dispone que agotado el plazo para liquidar por mutuo acuerdo el contrato, la Entidad podrá proceder a la liquidación unilateral³⁰¹.

Por otra parte, en el caso del Banco Agrario y Fonade, si bien incorporan la facultad de liquidación unilateral, establecen que dicha la facultad debe ser pactada y aceptada por las partes en los correspondientes contratos³⁰².

Ahora bien, lo que claramente marca una diferencia entre la liquidación unilateral adelantada por entidades sujetas al Estatuto General de Contratación Pública y la pretendida por entidades sujetas a un régimen de derecho privado, es lo relacionado con sus efectos. Mientras en el primer caso el acta de liquidación es un acto administrativo que presta merito ejecutivo³⁰³, en el segundo caso, el acta en mención no genera ningún efecto diferente a ser una manifestación de parte, pero los posibles incumplimientos que se incluyan en el documento deberán ser declarados por la autoridad judicial correspondiente; de manera que, los establecimientos de crédito no pueden convertir el acta de liquidación unilateral en un documento que declare incumplimientos y que preste merito ejecutivo.

b. La terminación unilateral fundada sobre ciertas nulidades contractuales

³⁰¹ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 53. Caprovimpo Op. Cit. Cf.: artículo 28.

³⁰² Banco Agrario. Op. Cit. Cf.: artículo 50. Fonade Op. Cit. Cf.: artículo 9.

³⁰³ Ley 1437 de 2011. Cf.: artículo 99, numeral 3.

Frente a la existencia de vicios de nulidad absoluta del contrato, tales como: i) la celebración de contratos con personas incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad consagradas en la Ley, ii) contratos celebrados contra expresa prohibición legal o iii) cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, la Ley le impone a la entidad contratante la obligación de dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre³⁰⁴.

Con lo anterior, se busca dotar a la administración de la facultad de declarar la nulidad del contrato, definiendo de manera unilateral la ocurrencia de los hechos constitutivos de tal declaración, los cuales, si bien en algunos casos pueden derivarse de situaciones tan objetivas como que el acto que fundamenta el contrato haya sido declarado nulo por la autoridad competente; en otros, existe un amplio margen de discrecionalidad, como ocurre en el caso de los contratos presuntamente celebrados contra expresa prohibición legal, en relación con los cuales existe un amplio campo de interpretación por parte del operador jurídico para definir dicha situación.

Dada la regulación y facultad expresa que el Estatuto General de Contratación le otorga a la administración para hacer uso de dicha prerrogativa, ésta resulta ajena a la contratación sujeta al derecho privado³⁰⁵.

3.2.2.2 Prerrogativas extracontractuales de la administración

a. La imposición unilateral de la cláusula penal

El sustento normativo de la cláusula penal se encuentra en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, en los cuales genéricamente se habla de la institución de la cláusula penal, la cual puede tener, entre otras, dos funciones: i) constreñir al contratista incumplido con el fin de que se allane a satisfacer las obligaciones con las que se obligó en virtud del Contrato, caso en el cual nos encontramos frente a la cláusula de multas; ii) tasar anticipadamente los perjuicios

³⁰⁴ Ley 80 de 1993. Cf.: artículo 44.

³⁰⁵ Benavides. Op. Cit. Cf.: p. 408.

que se puedan generar de un eventual incumplimiento por parte de uno de los contratistas, caso en el cual se trata de la cláusula penal pecuniaria³⁰⁶.

El asunto sobre la imposición de las multas y la cláusula penal pecuniaria directamente por la administración y de manera unilateral no fue un tema pacífico luego de la expedición de la Ley 80 de 1993, la cual guardaba silencio sobre tal aspecto.

Es así como, el Consejo de Estado mediante auto de la sección tercera del 20 de febrero de 1997 manifestó que, la Ley 80 de 1993 no consagraba ni multas ni cláusula penal pecuniaria como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias, de manera que se requería su inclusión implícita para poder ser utilizadas por las partes. El Alto Tribunal agregó, que las circunstancias que fundamentaran la aplicación de tales cláusulas debían ser declaradas judicialmente, pues el poder coactivo de la administración para su imposición había desaparecido con la Ley 80 de 1993³⁰⁷.

Luego, mediante auto del 4 de junio de 1998 el Consejo de Estado señaló que el poder de dirección y control en la ejecución del contrato otorga a la entidad contratante las prerrogativas de dar órdenes al Contratista y de asegurar su cumplimiento mediante la imposición de sanciones coercitiva. Aclaró, que la imposición unilateral de sanciones por parte de la administración, sin necesidad de acudir al juez, no es una consecuencia de naturaleza contractual sino la manifestación de la potestad de autotutela que el ordenamiento jurídico le reconoce a la administración pública, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del Decreto 01 de 1984 a todos los actos administrativos³⁰⁸.

Esta posición fue reiterada mediante sentencia del año 2002, en la cual el Consejo de Estado, luego de citar lo expuesto en el auto del 4 de junio de 1998, antes mencionado, señaló que la administración puede, *en uso de sus poderes y*

³⁰⁶ Código Civil. Cf.: artículo 1592. Código de Comercio. Cf.: artículo 867.

³⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: auto del 20 de febrero de 1997, expediente 12669.

³⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: auto del 4 de junio de 1998, expediente 13988.

*prerrogativas públicas, sancionar directamente al contratista con la imposición de multas y cuando así actúa, su decisión adquiere las connotaciones propias del acto administrativo*³⁰⁹, aunque aclaró que para tal efecto, es necesario que la cláusula de multas se pacte en el Contrato.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 el tema fue resuelto por el legislador, y en el artículo 17 de dicha Ley se estableció que, en desarrollo del deber de control y vigilancia sobre los contratos que le corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, la administración contratante tiene la facultad de imponer y hacer efectivas las multas y la cláusula penal que hayan sido pactadas en el Contrato, previo adelantamiento por parte de la Entidad de un debido proceso administrativo en donde el Contratista pueda hacer uso de su derecho de defensa.

Sin embargo, ésta prerrogativa otorgada expresamente mediante la Ley 1150 de 2007 a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación es tomada por algunos establecimientos de crédito de carácter estatal, los cuales, excediendo sus facultades, incluyen en las minutas de sus contratos cláusulas de multas y/o cláusula penal pecuniaria con la facultad por parte de la entidad contratante de declarar el incumplimiento del Contrato, e imponer la cláusula penal de manera directa y unilateral, sin necesidad de acudir al juez del Contrato.

En el caso de Fonade, ésta Entidad dispuso en su manual de contratación que el procedimiento que se adelante en caso de incumplimiento de sus contratistas será el establecido en las reglas de participación y en el Contrato³¹⁰.

De esta manera, dicha Entidad ha incluido en la minuta de sus contratos tanto cláusula penal de apremio o multa como cláusula penal pecuniaria. Según dichas cláusulas, el contratista en ejercicio de la autonomía de la voluntad autoriza a Fonade para hacer exigible directamente los valores allí señalados, incluyendo el descuento y compensación de las sumas existentes a favor del contratista. En caso de no existir saldos a favor de Fonade o no resultar suficientes para cubrir la totalidad del valor de

³⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 20 de junio de 2002, Expediente 19488.

³¹⁰ Fonade. Op. Cit. Cf.: numeral 9.7.

la cláusula correspondiente, la Entidad podrá obtener el pago total o parcial haciendo efectiva la garantía de cumplimiento³¹¹.

Adicionalmente, Fonade incluye en la minuta del Contrato, un procedimiento detallado que debe adelantarse para declarar el incumplimiento del Contrato y hacer efectivo el pago de la multa y/o cláusula penal pecuniaria. En estos casos, Fonade citará al Contratista y a su garante a una audiencia para debatir lo ocurrido; en dicha citación hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, indicado los presuntos incumplimientos contractuales del contratista, acompañando el informe de la supervisión o interventoría y las demás pruebas del caso y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y sus consecuencias.

En dicha audiencia el contratista y su garante podrán ejercer su derecho de defensa, rendir las explicaciones del caso, solicitar y aportar pruebas y controvertir las presentadas por la Entidad; además, posteriormente podrán presentar un escrito de reconsideración ante Fonade, en caso de que resuelva mantener la declaratoria de incumplimiento. Fonade deberá tomar una decisión motivada que constará por escrito, en la cual si decide que hubo incumplimiento contractual, hará la tasación de la suma a pagar a favor de Fonade y a cargo del Contratista y/o el garante, y como consecuencia de esa decisión se hará efectiva la multa o cláusula penal pecuniaria según corresponda³¹².

En el mismo sentido, el Icetex establece en su manual de contratación que, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, se podrán pactar expresamente multas y cláusula penal pecuniaria en los contratos y el procedimiento para su cobro; en tal virtud, el Icetex podrá declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios del mismo, e imponer directamente las multas y sanciones pactadas en el Contrato así como hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto, exige que en el contrato celebrado, el Contratista acepte y autorice el descuento de las cuentas a su favor para hacer efectivas dichas cláusulas³¹³.

³¹¹ Fonade. Op. Cit. Cf.: Proceso OPC 025-2014, Clausulas 4.15 y 4.16.

³¹² *Ibidem*. Cf.: Cláusulas 4.15, 4.16 y 4.17.

³¹³ Icetex. Op. Cit. Cf.: artículo 52.

En todo caso, el manual de contratación del Icetex consagra un procedimiento previo en el cual se busca garantizar el debido proceso a favor del Contratista, permitiéndole presentar sus descargos y practicar pruebas, lo cual deberá ser evaluado por la Entidad y luego sí se procederá a tomar la decisión final que podrá incluir declarar el incumplimiento e imponer multas o cláusula penal pecuniaria³¹⁴.

Por su parte, el Banco Agrario incluye en la minuta de sus contratos, multas y cláusula penal pecuniaria, en virtud de la cual se atribuye la facultad de declarar el incumplimiento del Contrato, y en consecuencia hacer efectiva la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria, según corresponda. Con base en lo anterior, la Entidad puede efectuar el descuento respectivo del valor de los saldos insolutos que existan a favor del Contratista³¹⁵.

Como en los casos anteriores, el Banco Agrario establece un procedimiento que debe agotarse antes de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la multa o la cláusula penal pecuniaria. En dicho procedimiento es relevante dar a oportunidad al Contratista para que rinda las respectivas explicaciones y aporte los soportes que estime pertinentes; sin embargo, además de lo previsto en otros casos, para que la Entidad desista de la declaratoria de incumplimiento el Contratista debe acreditar o justificar la ocurrencia del factor extraño como causal de exoneración de la responsabilidad.

En otros casos, como el de Caprovimpo, si bien se incluye en la minuta de sus contratos, la correspondiente cláusula de multas, se establece que el procedimiento de cobro se adelantará conforme lo determine la Ley³¹⁶.

b. La declaración de un siniestro constitutivo de riesgo asegurado

Bajo el esquema del contrato de seguro regulado por el Código de Comercio, la carga de la prueba se asigna al asegurado al cual le corresponde demostrar la

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Banco Agrario. Reglas de Participación Procedimiento de Abastecimiento, número BAC 2013-0211, Minuta del Contrato, Capítulo 4, Cláusulas 14.^a y 15.^a

³¹⁶ Caprovimpo. Contrato prestación de servicios número 50 de 2014. Cf.: Cláusula 14.^a

ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida³¹⁷. Para esto, el asegurado podrá acudir a cualquier medio probatorio idóneo que ofrezca la plena certeza acerca de la existencia del siniestro; así mismo, el asegurador está facultado para objetar la reclamación, caso en el cual el asegurado deberá acudir al juez del contrato para que declare la existencia de la obligación del asegurador.

Sin embargo, para el caso de la contratación estatal no aplica el esquema antes señalado, sino lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³¹⁸, el cual dispone que las garantías a favor del Estado prestan merito ejecutivo al integrarse con el acto administrativo ejecutoriado que declara la obligación. Lo anterior, significa otra manifestación del poder extracontractual de la entidad contratante, la cual está facultada para declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las pólizas contractuales otorgadas por el Contratista.

Ésta prerrogativa de la administración se fundamenta en el privilegio de la decisión previa y la ejecutoriedad de los actos de la administración, y en virtud de la misma, es el asegurador el que debe acudir al juez de lo contencioso administrativo para controvertir la actuación de la administración.

El Consejo de Estado, ha manifestado lo siguiente con respecto a ésta prerrogativa derivada del poder de autotutela administrativa que ostenta la administración:

(...) no tiene su fundamento en la lexcontractus, ni en la naturaleza intrínseca del contrato interadministrativo, sino en los atributos propios de la administración pública inherentes al imperium del Estado; que le confieren una supremacía administrativa en todas sus relaciones jurídicas³¹⁹.

En su sentencia, agrega el Alto Tribunal que en virtud de dicha prerrogativa la entidad contratante puede declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato y ordenar la efectividad de las garantías mediante la expedición de un acto

³¹⁷ Código de Comercio. Cf.: Artículo 1077.

³¹⁸ Ley 1437 de 2011. Cf.: Artículo 99, numeral 3.

³¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Cf.: Sentencia del 24 de mayo de 2001, Expediente 13598.

administrativo con el que se configura el siniestro, sin necesidad de la aquiescencia previa del asegurador ni de acudir previamente al juez del Contrato.

Según lo dicho, una diferencia entre las cláusulas excepcionales al derecho común o prerrogativas contractuales de la administración y las prerrogativas extracontractuales es que, mientras las primeras encuentran justificación en la necesidad de la administración de garantizar la continuidad del servicio por el interés público que éste reviste; las segundas encuentran fundamento en la teoría de la autotulela administrativa.

Para Benavides, las prerrogativas extracontractuales antes señaladas, como la posibilidad de imponer directa y unilateralmente multas y/o la cláusula penal pecuniaria o declarar unilateralmente el siniestro, resultan ajenas a las relaciones contractuales regidas exclusivamente por el derecho privado³²⁰, lo cual significaría que son improcedentes para el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, por su régimen de excepción, dichas entidades no expiden actos administrativos en sus relaciones contractuales, y por lo tanto, no se benefician de las teorías sobre el privilegio de la decisión previa y la ejecutoriedad de los actos de la administración, en las que se basan los privilegios reseñados en este acápite.

Sin embargo encontramos casos como el de Caprovimpo, la cual ha establecido en las reglas de participación de sus procesos contractuales que, en caso de presentarse garantía bancaria para garantizar la seriedad de la oferta esta deberá tener la siguiente leyenda: *la presente garantía será pagada por el proponente dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del acto administrativo que declare el incumplimiento del oferente*³²¹ (subrayas fuera de texto). En este caso, la entidad acude a la figura del Acto Administrativo lo cual excede el régimen de las relaciones contractuales de las entidades exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación y sujetas al derecho privado.

³²⁰ Benavides. Op. Cit. Cf.: p. 425.

³²¹ Caprovimpo. Formato de estructuración jurídica y financiera, Proceso GC-NA-FM 034 de 2014. Cf.: p. 6.

3.2.3 Conclusión sobre los límites a las prerrogativas contractuales y extracontractuales con respecto a los establecimientos de crédito de carácter estatal

Las prerrogativas de la administración contratante cuando se somete a las normas del derecho público y contrata bajo las normas del Estatuto General de Contratación, encuentran su restricción en la Ley, pues para su ejercicio deben tener un reconocimiento expreso en el texto legal. La Ley es la encargada de autorizar, imponer y reglamentar el ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración, las cuales se constituyen en un régimen de excepción sujeto a las autorizaciones legales³²².

En este sentido, si bien todo contrato estatal incluye en alguna medida la aplicación de prerrogativas del poder público, ciertos contratos admiten mayores prerrogativas, dependiendo de que la relación del objeto contractual sea más o menos estrecha con el servicio público³²³. Por esto, por ejemplo, la Ley 80 de 1993 admite los contratos estatales con cláusulas exorbitantes y sin cláusulas exorbitantes.

Entonces, a pesar de la intención del legislador de 1993 de rescatar para lo público la lógica contractualista de igualdad entre las partes, la imposición legal de prerrogativas para la administración, en alguna medida, quebranta dicha igualdad, y se constituye en una diferencia con el contrato privado.

No obstante, también es preciso advertir que, la igualdad jurídica entre las partes en el derecho privado no es un principio absoluto. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en el derecho privado sus normas son predominantemente dispositivas, es decir, susceptibles de ser modificadas por la voluntad de las partes, que con fundamento en la autonomía privada pueden mitigarlas, extenderlas o modificarlas.

De esta manera, en el contrato privado el poder exorbitante de una de las partes puede ser legítimo si su fuente es el acuerdo contractual, siempre y cuando no se contravenga una norma de carácter imperativo; pues en todo caso, la autonomía

³²² Consejo Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 9847.

³²³ Benavides. Op. Cit. Cf.: p. 321.

privada encuentra sus limitaciones en las prohibiciones legales, el orden público y las buenas costumbres.

En este orden, en el derecho privado excepcionalmente la exorbitancia puede surgir dentro de los parámetros del mutuo acuerdo y la autonomía privada, en virtud de lo cual las partes manifiestan su decisión para habilitarse en el ejercicio de ciertos poderes en su relación contractual, como por ejemplo, la inclusión de cláusulas de resolución unilateral del Contrato.

Por otra parte, el poder de adoptar una decisión de manera unilateral con efectos jurídicos sobre el Contrato y sobre el co-contratante no es un fenómeno del todo ajeno a los códigos civil y de comercio, los cuales consagran algunas – aunque excepcionales - normas al respecto; es el caso del contrato de mandato que contempla la posibilidad del mandante de revocar el mandato a su arbitrio³²⁴, o la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios por parte del contratante³²⁵.

A pesar de lo anterior, el derecho contractual privado por regla general promueve la igualdad jurídica entre las partes del contrato y existen poderes declarativos reservados exclusivamente para el juez natural del contrato; mientras que, en el Contrato estatal, existen normas de derecho positivo que imponen poderes y prerrogativas a la administración contratante sobre el contratista particular, más allá de su voluntad y cuando la Ley prevé su aplicación, se constituyen en un mandato legal irrenunciable para la entidad contratante y escapan del ámbito de negociación de las partes en su relación contractual.

Ahora bien, dichas prerrogativas se atribuyen a la administración contratante en sus actuaciones cobijadas por el derecho público, y sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación; pues bajo dichos parámetros encuentran la autorización legal requerida y la aplicación de figuras como la autotutela administrativa.

Así, desde el punto de vista de la contratación pública, las prerrogativas propias de la administración contratante no se extienden a los procesos contractuales

³²⁴ Código Civil. Cf.: artículo 2191. Código de Comercio. Op. Cit. Cf.: artículo 1279.

³²⁵ Código Civil. Op. Cit. Cf.: artículo 2066.

adelantados por los establecimientos de crédito de carácter estatal, los cuales desarrollan dichos procesos en el marco del derecho privado, es decir que, no es posible para dichos establecimientos, so pretexto de su naturaleza jurídica de entidad pública atribuirse unilateralmente facultades gestadas en el ámbito propio del derecho público.

Finalmente, consideramos que los establecimientos de crédito de carácter estatal, como no están habilitadas para usar las herramientas de dirección y control ni las potestades de la administración pública cuando actúa como contratante, deben asumir una posición pro – activa para instar a sus contratistas al cumplimiento del Contrato y mitigar los riesgos propios de la actividad contractual. Aunque, queda a su discrecionalidad definir qué instrumentos de los que brinda el derecho privado acogen para tal fin, pues no existe regulación que le imponga reglas al respecto, más allá del deber general de procurar el cumplimiento de las finalidades de los contratos suscritos.

CONCLUSIONES

Con respecto a la actividad financiera, el Estado decidió intervenir directamente prestando servicios financieros por medio de establecimientos de crédito de naturaleza pública, incluyendo las instituciones oficiales especiales o banca de segundo piso. En estos casos, la finalidad de dichos establecimientos ha sido proveer servicios de crédito para zonas geográficas o sectores de la economía que no resultan de interés para la banca privada, así como impulsar sectores que resultan de interés prioritario dentro de la política económica del Gobierno Nacional, de manera que la creación de dichas entidades ha servido como instrumento para hacer efectiva la dirección del Estado en la economía del país.

Los establecimientos de crédito estatales desarrollan su actividad en un campo comercial de gestión económica, escapando de las funciones típicamente administrativas, pero sin desprenderse de su naturaleza de entidad pública ni de la finalidad con la cual fueron concebidas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los establecimientos de crédito estatales son entidades pertenecientes al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del Estado, encargadas de realizar una actividad económica consistente en la prestación de servicios financieros de crédito y generación de recursos para ciertos sectores de la economía, que pueden estar constituidas con aportes exclusivamente públicos o con el concurso de los aportes de los particulares, y, aunque de ordinario resuelven y tramitan sus asuntos bajo el ordenamiento jurídico propio de las entidades financieras particulares, esto es, el derecho bancario, pueden también en algunas ocasiones quedar sometidos al régimen del derecho público.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a la actividad contractual de dichos establecimientos, el legislador se ha enfrentado a la disyuntiva entre el derecho público y el derecho privado, al tener que definir cuál es el límite en la aplicación de

una u otra rama, y hasta donde mantener para dichas entidades un régimen exceptuado del régimen general de contratación propio de las entidades públicas dejándolas plenamente sometidas al ordenamiento jurídico de los establecimientos de crédito de carácter privado. Por eso, la tarea ha sido darle coherencia al sistema, reconociendo la naturaleza privada y económica de la actividad que desarrollan, pero sin desconocer la naturaleza pública de dichas entidades y el carácter de los recursos que administra.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en tales casos, el Estado actúa en competencia con empresas privadas, en donde el derecho privado propicia una relación más igualitaria entre la partes y propugna por alcanzar objetivos de rentabilidad y eficacia. Aunque, en principio, la actividad de las entidades financieras públicas no está determinada por el mismo ánimo lucrativo del particular y no pueden dejarse de lado los deberes, la responsabilidad del Estado y la finalidad de interés general que debe guiar la acción de la administración, incluso cuando utiliza los medios de derecho privado.

Bajo esta perspectiva, inicialmente la Ley 80 de 1993, dada la naturaleza reglada de las operaciones realizadas por las instituciones financieras y la competencia del mercado en el cual se desenvuelven, estableció un régimen de excepción en relación con los contratos que se encontraran dentro del giro ordinario de sus negocios sociales. Sin embargo, debido a la complejidad para definir el alcance de dicha excepción, la Ley 1150 de 2007 mediante la cual se modificó parcialmente la Ley 80 de 1993, estableció un régimen de excepción aplicable para todos los contratos celebrados por dichas entidades.

Sin embargo, a pesar del régimen de excepción, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 15 estableció que los establecimientos de crédito de carácter estatal deben aplicar los principios dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política, estos son, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Dichos principios deben orientar los procesos contractuales de los establecimientos en mención. Es el caso de la moralidad administrativa en cuanto busca que las actuaciones de los funcionarios estén apegadas al cumplimiento de la

Ley; el principio de publicidad que tiene como propósito la transparencia de los procesos contractuales adelantados por el Estado y la concurrencia de los ciudadanos frente a los mismos; los principios de igualdad e imparcialidad que buscan la selección objetiva de contratistas fundamentada en la escogencia de la oferta más favorable para el Estado; y los principios de economía, celeridad y eficacia que pretenden la realización de una adecuada planeación de los procesos contractuales para que estén dirigidos al efectivo logro de resultados.

En últimas, a través de la aplicación de los principios mencionados se imponen límites a la discrecionalidad de los servidores públicos de los establecimientos de crédito de carácter estatal en cuanto al adelantamiento de sus procesos contractuales, en razón a que tales entidades hacen parte del andamiaje estatal y en tal virtud sus actuaciones deben estar dirigidas al cumplimiento de los fines estatales, al continuo y eficiente cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, en armonía con los principios que orientan el funcionamiento del Estado.

No obstante, tales entidades deben contar con la autonomía para definir los procedimientos y mecanismos que permitirán la aplicación de dichos principios orientadores y no se les pueden imponer reglas de conducta o procedimientos propios del Estatuto General de Contratación que contradigan la filosofía que inspira la excepcionalidad de su régimen. Por el contrario, debe reconocerse que su objeto se desarrolla en un campo competitivo, en donde la contratación se rige por las leyes del mercado, lo cual implica flexibilidad en los procedimientos en contraposición a la rigidez de procedimientos demasiado reglados, sin que esto signifique escogencia arbitraria, caprichosa o subjetiva, pero si permitiendo mayor agilidad en los procesos contractuales que adelanten.

Además, el régimen de excepción significa que el régimen ordinario de contratación aplicado a las entidades estatales no aplica en ningún caso con criterio de subsidiariedad para las instituciones financieras estatales, es decir, que por tratarse de un régimen excepcional, los vacíos regulatorios no podrían llenarse invocando las disposiciones generales del Estatuto General de Contratación, pues hay una verdadera

exclusión de las normas generales y dicho Estatuto no puede aplicarse ni siquiera análogamente como sistema de integración normativa.

Lo anterior, ofrece un panorama sobre la libertad y los límites de los establecimientos de crédito de carácter estatal en sus procesos de contratación. Al respecto, consideramos que el espacio de libertad, debe ser aprovechado por los servidores públicos para ser verdaderos gerentes públicos, destinados a presentar resultados, con procesos que reflejen inventiva y adaptación a las necesidades tan particulares de dichas entidades.

Ahora bien, las reglas específicas de los procesos de contratación de dichas entidades, que concretan la sujeción a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución, y hasta qué punto se conectan o separan del régimen público de la contratación se encuentran en sus manuales de contratación.

Al respecto, los entes de control han identificado situaciones extremas, por una parte, manuales tan rígidos y detallados que impiden cumplir de forma oportuna y eficiente el objeto o razón social para el cual fueron creados tales establecimientos, y por otra parte, entidades que no cuentan con directrices ni políticas que permitan el control de resultados sobre su actividad contractual dejando todo a la liberalidad y discrecionalidad de los responsables del proceso contractual.

En la investigación realizada analizamos el manual de contratación de algunos establecimientos de crédito de carácter estatal, concentrándonos en los siguientes aspectos concretos: la definición del régimen jurídico aplicable, los procesos de selección de contratistas, y la aplicación de prerrogativas propias de la administración contratante.

En primer lugar, en dichos manuales de contratación se reconoce que si bien sus procesos contractuales se rigen por el derecho privado, en todo caso se encuentran sometidos a los principios rectores de la función administrativa y a los principios de la gestión fiscal, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política respectivamente, e incluyen las nociones de cada uno de dichos principios, incorporando incluso otros principios como los de selección objetiva y libre concurrencia.

Además, cada Entidad, de manera discrecional, ha definido el alcance de la aplicación del manual, excluyendo determinados objetos contractuales, generalmente relacionados con sus operaciones financieras; no obstante, la exclusión también se extiende a contratos no relacionados necesariamente con el concepto estricto de operación de crédito, los cuales de todas formas, en razón a la exclusión, se regirán exclusivamente por las normas del derecho privado.

Evidentemente, el mandato por medio del cual la Ley 1150 de 2007 somete a los establecimientos de crédito estatales a los principios de la función administrativa no incluye ninguna distinción, excepción o restricción frente a la actividad contractual derivada del ejercicio del objeto social de dichas entidades, como puede ser la relacionada con las operaciones financieras y los contratos que las soportan, esto es el caso de apertura de cuentas bancarias, otorgamiento de créditos, operaciones de arrendamiento financiero o leasing, contratos de administración no fiduciaria de cartera, entre muchas otras. Distinción dispuesta originalmente con la expedición de la Ley 80 de 1993.

La única aclaración que hace el artículo 13 de la Ley 1150 es que los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal se aplicarán en concordancia con su régimen legal especial, lo cual arroja la complejidad de cómo hacer compatible su actividad financiera reglada con la aplicación de principios como la igualdad, moralidad, imparcialidad o publicidad, diseñados para el ejercicio de funciones administrativas, o por lo menos cabe preguntarse si dichos principios aplican de igual forma cuando se trata de contratos de carácter financiero y cuando se trata de contratos para la adquisición de los bienes y servicios de la entidad.

Por lo anterior, a pesar de que la Ley no distingue, en la práctica se ha creado una regla en virtud de la cual no necesariamente se da el mismo tratamiento a la actividad contractual relacionada con la adquisición de bienes y servicios para la Entidad y la que soporta las operaciones financieras de la Entidad, pues ésta última, en muchos casos, se excluye de la aplicación de sus manuales de contratación.

En segundo lugar, frente a la selección de contratistas, en todos los manuales de contratación se encuentra regulada una etapa precontractual, la estructuración de

diferentes modalidades de selección y la implementación de factores de selección que deben estar guiados por la selección objetiva y la imparcialidad.

Como parte de la etapa precontractual, en la mayoría de los casos tienen institucionalizada la elaboración de estudios previos bastante completos, que incorporan no solo la definición de los elementos esenciales del contrato y sus características técnicas sino elementos como el análisis de riesgos, garantías, y análisis específicos para definir el valor estimado del Contrato.

Además, en todos los casos se incorporan diferentes modalidades para la selección de contratistas que incluyen la selección pública, la invitación privada y la contratación directa. Lo que varía en cada caso es el criterio para la escogencia de una u otra modalidad, que puede depender del objeto del Contrato o de su cuantía.

Sin embargo, la invitación pública resulta excepcional, dado que las causales para contratar bajo modalidades de oferta cerrada dirigida a personas determinadas o de contratación directa son tan amplias y generales que abarcan gran parte de la contratación de cada entidad. En todo caso, lo que si puede observarse es que se exige la idoneidad del Contratista y la justificación para acudir a dichas modalidades.

En cuanto a los factores de selección de contratistas, se evidencia, de una parte, que en todos los casos dicha selección se debe realizar atendiendo los requisitos y criterios establecidos en la respectiva invitación a ofertar o en las reglas de participación. Pero, más allá de tal mención queda a la discrecionalidad de los operadores de cada proceso de contratación determinar el alcance y las condiciones específicas para definir cuáles serán los criterios para habilitar y evaluar a sus oferentes y así seleccionar la oferta que más le convenga a la Entidad.

En tercer lugar, un tema que resulta bastante complejo es el de la aplicación de prerrogativas contractuales por parte de los establecimientos de crédito estatales. Al respecto, se analizó la aplicación de las siguientes prerrogativas: i) cláusulas excepcionales al derecho común, éstas son, interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad y reversión, ii) prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales al derecho común, estas son, liquidación unilateral del Contrato y terminación unilateral fundada sobre

ciertas nulidades contractuales., y iii) prerrogativas extracontractuales, estas son, la imposición unilateral de multas y la declaración de un siniestro constitutivo de riesgo asegurado. Al respecto, concluimos lo siguiente con respecto a la aplicación de dichas cláusulas por parte de los establecimientos de crédito de carácter estatal.

En cuanto a las cláusulas excepcionales, éstas se encuentran reguladas en la Ley, para ser aplicadas por las entidades sometidas al Estatuto general de contratación pública bajo condiciones específicas y con el propósito de evitar afectaciones en la prestación del servicio público a cargo de dichas entidades; no obstante, algunos establecimientos estatales pretenden la aplicación de dichas cláusulas desconociendo la naturaleza excepcional de su régimen contractual que restringe la aplicación de dichos privilegios.

Frente a las prerrogativas contractuales diferentes a las cláusulas excepcionales, dichos establecimientos incluyen en sus contratos la cláusula de liquidación unilateral. Al respecto, lo que claramente marca una diferencia entre dicha liquidación unilateral y la adelantada por entidades sujetas al Estatuto General de Contratación Pública, es lo relacionado con sus efectos. Mientras en el primer caso, el acta de liquidación es un acto administrativo que presta mérito ejecutivo, en el segundo caso, el acta en mención no genera ningún efecto diferente a ser una manifestación de parte, pero los posibles incumplimientos que se incluyan en el documento deberán ser declarados por la autoridad judicial correspondiente; de manera que, los establecimientos de crédito no pueden convertir el acta de liquidación unilateral en un documento que declare incumplimientos y que preste mérito ejecutivo.

Finalmente, frente a las prerrogativas extracontractuales de la administración, es común que los establecimientos de crédito de carácter estatal incluyan en las minutas de sus contratos cláusulas de multas y/o cláusula penal pecuniaria con la facultad por parte de la entidad contratante de declarar el incumplimiento del Contrato sin necesidad de acudir al juez del Contrato e imponer la cláusula penal de manera directa y unilateral, prerrogativas que resultan ajenas a las relaciones contractuales regidas exclusivamente por el derecho privado, lo cual significa que son

improcedentes para el caso de los establecimientos de crédito de carácter estatal. Lo mismo ocurre con la declaración de un siniestro constitutivo de riesgo asegurado, facultad que excede las posibilidades de los establecimientos de crédito estatales.

En conclusión, desde el punto de vista de la contratación pública, las prerrogativas propias de la administración contratante no se extienden a los procesos contractuales adelantados por los establecimientos de crédito de carácter estatal, los cuales desarrollan dichos procesos en el marco del derecho privado, es decir que, no es posible para dichos establecimientos, so pretexto de su naturaleza jurídica de entidad pública atribuirse unilateralmente facultades gestadas en el ámbito propio del derecho público.

Lo anterior, teniendo en cuenta que dichas prerrogativas se atribuyen a la administración contratante en sus actuaciones cobijadas por el derecho público y sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación; pues bajo dichos parámetros encuentran la autorización legal requerida y la aplicación de figuras como la autotutela administrativa.

Además, por su régimen de excepción, los establecimientos de crédito estatales no expiden actos administrativos en sus relaciones contractuales, y por lo tanto, no se benefician de las teorías sobre el privilegio de la decisión previa y la ejecutoriedad de los actos de la administración.

Finalmente, consideramos que los establecimientos de crédito de carácter estatal, como no están habilitados para usar las herramientas de dirección y control ni las potestades de la administración pública cuando actúa como contratante, deben asumir una posición pro – activa para instar a sus contratistas al cumplimiento del Contrato y mitigar los riesgos propios de la actividad contractual. Aunque, queda a su discrecionalidad definir qué instrumentos de los que brinda el derecho privado acogen para tal fin, pues no existe regulación que le imponga reglas al respecto, más allá del deber general de procurar el cumplimiento de las finalidades de los contratos suscritos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aldana Arévalo, David y Peña González, Edilberto. *Control Fiscal en Colombia 2000-2005: El papel de las contralorías y su evaluación por gestión y resultados*. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2006.
2. Álvarez Rojas, Fernando. *Una aproximación a la Ley 1150 desde el derecho económico*. Bogotá: Colección textos de Jurisprudencia, Centro editorial Universidad del Rosario. 2011.
3. Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Editorial Comares, 2004.
4. Banco Agrario. Manual de Contratación. Circular PL – CR – 022. Bogotá: 27 de Febrero de 2012.
5. Banco Agrario. “Invitación pública a ofertar N° BAC 2013-0211, Bogotá, Octubre de 2013”. [online] Disponible en:
https://bvirtual.bancoagrario.gov.co/contratacion/documento_listado.aspx?licxpaID=198614&idEtapa=199.
6. Barbier, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria 2*. Ciudad de Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2002.
7. Betancur, Luis Ignacio. *Actos y contratos con objeto directo de empresas y sociedades en la Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Colección textos de Jurisprudencia, Centro editorial Universidad del Rosario, 2011.
8. Benavides, José Luis. *El contrato estatal: entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
9. Bendeck Olivella, Jorge. “Los Pilares Fundamentales de la Contratación Administrativa”. En: *Comentarios al Nuevo Régimen de la Contratación Administrativa*. Segunda edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
10. Cámara Colombiana de la Construcción. “Boletín de análisis sobre la reforma a la Ley 80 de 1993”. Bogotá, 2007.
11. Caprovimpo. Manual de Contratación. Bogotá: 5 de noviembre de 2013.
12. Caprovimpo. “Contrato de Prestación de Servicios N° 50 de 2014” [online] Disponible en:
https://www.caprovimpo.gov.co/contratacion/2014/procesoscontractuales/documents/contrato_n%c2%b0_50_de_2014.pdf.

13. Caprovimpo. “Formato de estructuración jurídica y financiera, Código GC-NA-FM 034, Febrero 25 de 2014” [online]
<https://www.caprovimpo.gov.co/contratacion/2014/procesoscontractuales/Documentos/LICENCIAS/ESTRUCTURACION%20JURIDICA%20Y%20FINANCIERA%20LICENCIAS.pdf>.
14. Cardozo Herrera, Alcira. “Algunos aspectos sobre el sector financiero y bancos oficiales”. Tesis para optar por el título de abogado, Universidad de los Andes, 1988.
15. Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000.
16. Dávila Vinueza, Luis Guillermo. *El régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Editorial Legis, 2003.
17. Del Castillo Dueñas, Marcial. “Curso de moneda y banca”. En: *Temas de derecho financiero contemporáneo*. Rodríguez Azuero, Sergio; Rincón Cárdenas, Erick y Calderón Villegas, Juan Jacobo. Primera edición. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2006.
18. Delgado Carvajal, Mariana y Gómez Silva, Carlos Eduardo. “El contrato de redescuento y las entidades que desarrollan la actividad de banca de segundo piso en Colombia”. Tesis para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
19. Díaz Ramírez, Enrique. *Contratos Bancarios*. Bogotá: Editorial Temis, 1993.
20. Domínguez Giraldo Gerardo. *El control fiscal en la contratación pública*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2002.
21. Dromi, Roberto. *Licitación Pública*. Segunda edición actualizada. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
22. Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Segunda edición actualizada. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995.
23. Financiera de Desarrollo Nacional. Manual de compras y administración de bienes. Bogotá: 1 de junio de 2010.
24. Fonade. Manual de Contratación. Resolución número 131. Bogotá: 9 de noviembre de 2012.
25. Fonade. “Reglas de Participación, Proceso N° OPC 025-2014, Bogotá, 26 de febrero de 2014” [online]. Disponible en:
<http://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=4201>.
26. Fondo Nacional del Ahorro. Manual de Contratación. Resolución 018 del 16 de diciembre de 2010.

27. Fondo Nacional de Garantías. Manual de Contratación. Resolución 017 del 2 de marzo de 2012.
28. Garrigues, Joaquín. *Contratos Bancarios*. Segunda edición. Madrid: sin editorial, 1975.
29. Giorgi, Irma Juliana y Otros. “Responsabilidad disciplinaria del servidor público en materia de contratación estatal”. Tesis para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
30. Hernández Galindo, Daniel. “Intervención estatal y derecho financiero: análisis jurídico económico de la intervención del Estado en el derecho financiero colombiano”. Tesis para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, 1985.
31. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. “El tratamiento constitucional de la actividad financiera”. En: *Temas de derecho financiero contemporáneo*. Rodríguez Azuero, Sergio; Rincón Cárdenas, Erick y Calderón Villegas, Juan Jacobo. Primera edición. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.
32. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Ley 45 de 1923, primeras reformas a la Ley orgánica del Banco de la República y revisión de constitucionalidad de las mismas* [online]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/banrep1/hbrep46.htm>.
33. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis, 2007.
34. Icetex. Manual de Contratación. Acuerdo número 030 del 17 de septiembre de 2013.
35. Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Bancario Colombiano*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2004.
36. Meisel Roca, Adolfo. *El Banco de la República: Antecedentes, evolución y estructura* [online]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/banrep1/hbrep28.htm>.
37. Molano López, Mario Roberto. *Transformación de la función administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
38. Montejo Salgar, Felipe y Moreno Pérez, Sergio. “La Privatización de la banca en Colombia”. Tesis para optar al título de abogado, Universidad de los Andes, 1990.
39. Morales Casas Francisco, *Fundamentos de la actividad y negocios bancarios análisis institucional legal y operativo de la banca y su entorno*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 1994.

40. Osorio, Aura Ximena. *Connotaciones del silencio administrativo en el estado social de derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
41. Pino Ricci, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado, 1995.
42. Rengifo, Ramiro. *Bancos comerciales y operaciones bancarias*. Primera edición. S.I : Universidad de Antioquia, 1990.
43. Restrepo Medina, Manuel Alberto. “La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo”. *Revista Estudios socio – jurídicos de la Universidad del Rosario*, volumen 4, número 2 (2002).
44. Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007.
45. Rivero Ortega, Ricardo. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Tercera edición. Salamanca: Ratio Legis, 2005.
46. Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina*. Cuarta edición. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1997.
47. Rodríguez Azuero, Sergio. *Los contratos bancarios y su significación en América Latina*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Legis, 2009.
48. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Derecho Bancario. Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas*. Décima edición. México: Editorial Porrúa, 2003.
49. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
50. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
51. Solarte Maya, Felipe. *Contratos Estatales Atípicos*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008.
52. Vargas Roza, Oscar Eduardo. “El carácter normativo de los principios del derecho administrativo”. *Revista Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario*, volumen 4 numero 2 (2002).
53. Younes Moreno, Diego. *Derecho del Control Fiscal: Vigilancia para una gestión transparente de los Público*. Quinta edición actualizada. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.
54. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
55. Corte Constitucional. Sentencia C – 449. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 9 de julio de 1992.

56. Corte Constitucional, Sentencia C-053. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 16 de febrero de 1995.
57. Corte Constitucional. Sentencia C-167. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, 20 de abril de 1995.
58. Corte Constitucional. Sentencia C – 221. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 16 de mayo de 1996.
59. Corte Constitucional. Sentencia C-339. Magistrado Ponente: Julio Cesar Ortiz Gutierrez. Bogotá, agosto 1 de 1996.
60. Corte Constitucional, Sentencia C – 154. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara. Bogotá, 19 de marzo de 1997.
61. Corte Constitucional. Sentencia T – 297. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 17 de junio de 1997.
62. Corte Constitucional. Sentencia C-122. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, 1 de marzo de 1999.
63. Corte Constitucional. Sentencia SU-157. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. 10 de marzo de 1999.
64. Corte Constitucional, Sentencia C -400. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 2 de junio de 1999.
65. Corte Constitucional. Sentencia T-489. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sachica de Moncaleano. Bogotá, 9 de julio de 1999.
66. Corte Constitucional. Sentencia C-953. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, 1 de diciembre de 1999.
67. Corte Constitucional. Sentencia C-957. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 1 de diciembre de 1999.
68. Corte Constitucional. Sentencia SU - 157. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 10 de marzo de 1999.
69. Corte Constitucional. Sentencia T - 1165. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, 6 de noviembre de 2001.
70. Corte Constitucional. Sentencia C- 150. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 25 de febrero de 2003.
71. Corte Constitucional. Sentencia C – 629. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, 29 de julio de 2003.
72. Corte Constitucional. Sentencia C - 1195. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá, 22 de Noviembre de 2005.

73. Corte Constitucional. Sentencia C – 691. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. 5 de septiembre de 2007.
74. Corte Constitucional. Sentencia C – 692. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, 5 de septiembre 5 de 2007.
75. Corte Constitucional. Sentencia C – 293. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, Bogotá, 2 de abril de 2008.
76. Corte Constitucional. Sentencia C – 545. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, 28 de mayo de 2008.
77. Corte Constitucional. Sentencia T-733. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 15 de octubre de 2009.
78. Corte Constitucional. Sentencia T – 738. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá 29 de septiembre de 2011.
79. Corte Constitucional. Sentencia T – 585. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, 29 de agosto de 2013.
80. Corte Constitucional. Sentencia T – 662. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 23 de septiembre de 2013.
81. Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1080. Consejero Ponente: Jaime Abello Zarate. Bogotá, Sentencia del 19 de Noviembre de 1990.
82. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 506. Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Bogotá, Concepto del 19 de Abril de 1.993.
83. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente: 9206. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández. Bogotá, Sentencia del 13 de octubre de 1994.
84. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 9847, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, Sentencia del 20 de octubre de 1995.
85. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 1266. Bogotá, Auto del 20 de febrero de 1997.
86. Consejo de Estado, Sala plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente S-701. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, Auto del 23 de septiembre de 1997.
87. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 13988. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto del 4 de junio de 1998.

88. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 14943. Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández. Bogotá, Sentencia del 21 de junio de 1999.
89. Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP- 170. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, Sentencia del 16 de febrero de 2001.
90. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 13598. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, Sentencia del 24 de mayo de 2001.
91. Consejo de Estado. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP- 166. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, Sentencia del 17 de junio de 2001.
92. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 12307. Bogotá, Sentencia de 19 de julio de 2001.
93. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP-163. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, Sentencia del 6 de septiembre de 2001.
94. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 1373. Consejero Ponente: Ricardo H. Monroy. Bogotá, Concepto del 14 de Septiembre de 2001.
95. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente 19.488. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, Sentencia del 20 de junio de 2002.
96. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP-059. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, Sentencia del 31 de octubre de 2002.
97. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP – 518. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, Sentencia del 31 de octubre de 2002.
98. Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente Ap-616. Consejero Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Bogotá, Sentencia del 14 de noviembre de 2002.
99. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 1488. Consejera Ponente: Susana Montes Echeverri. Bogotá, Sentencia del 29 de mayo de 2003.

100. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 0020-01. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá, Sentencia del 13 de mayo de 2004.
101. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente: 01195. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, Sentencia del 10 de marzo de 2005.
102. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 27921. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Bogotá, Sentencia del 16 de marzo de 2005.
103. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11575. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Bogotá, Sentencia del 6 de julio de 2005.
104. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente AP-1588. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, Sentencia del 05 de octubre de 2005.
105. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP – 1114. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Bogotá, Sentencia del 17 de agosto de 2006.
106. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 15324. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, Sentencia de 29 de agosto de 2007.
107. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 24715. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, Sentencia del 3 de diciembre de 2007.
108. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 17783. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, Sentencia del 4 de junio de 2008.
109. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente AP – 00240. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, Sentencia del 31 de julio de 2008.
110. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 15603. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, Sentencia del 1 de diciembre de 2008.
111. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente 17767. Consejero Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Bogotá, 31 de enero de 2011.

112. Consejo de Estado, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente: 25390. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt. Bogotá, Sentencia del 29 de agosto de 2012.
113. Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Luis Sarmiento Buitrago. Bogotá, Sentencia del 25 de abril de 1974.
114. Corte Suprema de Justicia. Bogotá, Sentencia del 11 de diciembre de 1979.
115. Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachon versus Instituto Nacional de Vías. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Daniel Suarez Hernández, y Sergio Rodríguez Azuero. Bogotá, Laudo del 24 de agosto de 2001.
116. Superintendencia Bancaria. Concepto con radicado número: 91031127 – 0. Bogotá, 24 de julio de 1991.
117. Superintendencia Bancaria. Concepto con radicado número: 31017556 – 0. Bogotá, 6 de junio de 1991.
118. Superintendencia Bancaria. Circular Básica Jurídica 007 de 1996.
119. Superintendencia Bancaria. Concepto con radicado número: 1998039270-1. Bogotá, 26 de agosto de 1998.
120. Superintendencia Bancaria. Concepto con radicado número: 2004003063-1. Bogotá, 19 de febrero de 2004.
121. Superintendencia Bancaria. Concepto con radicado número: 2001054771-3. Bogotá, 14 de octubre de 2004.
122. Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la vigilancia preventiva de la función pública. “Recomendaciones para la elaboración de Estudios Previos”. Bogotá, abril de 2010.
123. Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República y Contraloría General de Santander, Circular conjunta número 034. Bogotá, 28 de octubre 2011.
124. Contraloría General de la República. Concepto Jurídico 2010 IE29371. Bogotá: 10 de diciembre de 2010.
125. Código De Comercio. Decreto 410 de 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.
126. Decreto Legislativo 2920 de 1982, Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector colombiano. Diario Oficial No 36.120, del 29 de Octubre de 1982.
127. Constitución Política de Colombia de 1991.

128. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Decreto 663 de 1993. Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993.
129. Ley 42 de 1993. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.
130. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
131. Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
132. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
133. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
134. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
135. Exposición De Motivos Ley 45 de 1923 [online] Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/sfcant/comunicadosypublicaciones/80web/Archivos/Exposicionley451923.pdf>
136. Exposición de Motivos Ley 80 de 1993 [online] Disponible en: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=7148.