

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

**CELEBRACIÓN DE CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS CON
BASE EN EL PRINCIPIO DE GARANTÍA DE PLURALIDAD DE
OFERENTES**

AUTORA:

CONSUELO MARTÍN SARMIENTO

BOGOTÁ DC.

2016

RESUMEN

Los procesos de contratación en Colombia por regla general deben respetar el principio de selección objetiva y garantizar la pluralidad de oferentes. Así mismo, la contratación directa debe ajustarse al respeto de estos principios para demostrar a su vez, que el principio de garantía inmerso en el contexto de la contratación estatal se respeta, y por ende, los principios de economía y transparencia, entre otros. En la práctica, la selección del contratista por medio de Contratación Directa, no aplica la selección objetiva ni la pluralidad de oferentes que le permita a la administración escoger las mejores ofertas o las ofertas más favorables que impliquen la celebración de contratos interadministrativos, lo cual tiene una gran trascendencia para las entidades estatales, que a la postre no aplican ni tienen en cuenta estos criterios dentro de sus procesos de contratación directa, sin calcular que su inobservancia genera, entre otras, responsabilidades de orden penal, como quiera que se estaría frente al delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

PALABRAS CLAVE

Contratos Interadministrativos, Pluralidad de Oferentes, Contratación Directa, Principio de Garantía, Principio de Economía y Transparencia, Selección Objetiva.

ABSTRACT

Recruitment processes in Colombia generally must respect the principle of objective selection and ensure the plurality of bidders. Likewise, direct contracting must be adjusted to respect these principles to demonstrate in turn, that the principle of guarantee immersed in the context of government contracting is respected, and therefore the principles of economy and transparency, among others. In practice, the selection of the contractor through direct contracting, does not apply objective selection or the plurality of bidders that would allow the administration to choose the best deals or the most favorable deals involving the holding of inter-administrative contracts, which has great significance for state entities, which ultimately do not apply or take into account these criteria in their processes of direct contracting, without calculating its failure generates, among other responsibilities of a criminal, whatever it would be facing the crime of contract without compliance with legal requirements.

KEYWORDS:

Inter-administrative contracts, Plurality of Offerors, Tendering, Guarantee Principle, Principle of Economy and Transparency, objective selection.

CONTENIDO

JUSTIFICACIÓN

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Problema

Hipótesis

Objetivos

General

Específicos

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

RAI 2

RAI 3

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

CAPÍTULO 1

Fundamento jurídico del principio de selección objetiva en los contratos estatales.

Moralidad

Economía y Eficacia

Celeridad

Imparcialidad

Publicidad

Transparencia

Responsabilidad

Debido Proceso

Libertad de Asociación

Libertad de Competencia

Buena Fe

Selección Objetiva y Libre Concurrencia

CAPÍTULO 2

Enfoque y aplicación que se le da al principio de selección objetiva con relación a los contratos interadministrativos

CAPÍTULO 3

Contraste del principio de selección objetiva en los contratos estatales, frente a la figura de los contratos interadministrativos

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Propuestas

ENFOQUE METODOLÓGICO

Presupuesto

CRONOGRAMA

BIBLIOGRAFÍA

Normatividad

Jurisprudencia Consejo Estado

JUSTIFICACIÓN

Tal como está concebida la contratación directa en nuestro ordenamiento jurídico, se deben garantizar en especial, los principios de economía, transparencia y primordialmente, el deber de selección objetiva, que haga realidad la aplicación del principio de igualdad de oportunidades dentro del proceso de selección que se adelante en la contratación directa, lo cual se traduce en que la Administración debe hacer un análisis previo a la suscripción del contrato que debe tener en cuenta la experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, a fin de determinar si la propuesta resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.

Si bien, la regla general para la selección de contratistas determina que la convocatoria pública se realice a través de licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, de forma excepcional el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades estatales no acudan a la regla general, sino por el contrario a la contratación directa, de carácter especial y de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales determinadas en el artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007.

En la práctica, escoger el contratista por ésta modalidad de selección, no cumple con la garantía de pluralidad de oferentes, por lo que se pretende a través de éste trabajo, analizar el impacto que este comportamiento puede acarrear a las instituciones estatales e influir en la observancia de éstos parámetros legales por parte de las mismas.

De manera personal, considero de gran importancia la realización de éste trabajo porque me permitirá que demostrar si realmente se debe garantizar el principio de la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación directa que implique finalmente la celebración de contratos interadministrativos, lo cual tendría una gran trascendencia para las entidades

estatales, y en especial, para la entidad en la cual labora la suscrita, toda vez que en ésta modalidad de selección no se garantiza dentro de los mismos.

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Categorías

La contratación directa

Ordenamiento jurídico

Economía, transparencia

Selección objetiva,

Principio de igualdad de oportunidades

Proceso de selección

Análisis previo a la suscripción del contrato

Experiencia, equipos, capacidad económica, precios

Convocatoria pública

Licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos

Pluralidad de oferentes

Importancia

Trascendencia

Proposiciones problemáticas

1. ¿La celebración de contratos interadministrativos, debe atender al principio de garantía de pluralidad de oferentes?

2. Es importante garantizar el principio de pluralidad de oferentes dentro de los procesos de selección por contratación directa, toda vez que ello permite efectivizar la aplicación de los principios de igualdad de oportunidades, selección objetiva, economía y transparencia descritos en el actual ordenamiento jurídico que regula la materia.

3. El no dar aplicación al principio de selección objetiva que garantice la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación directa que conlleven a la celebración de contratos interadministrativos, no afecta las garantías de los principios de economía, transparencia, e igualdad de oportunidades por cuanto los mismos se valoran de manera independiente desde los análisis previos, a fin de escoger una propuesta ventajosa para la entidad contratante.

Problema

El no dar aplicación al principio de selección objetiva que garantice la pluralidad de oferentes en los procesos de contratación directa que conlleven a la celebración de contratos interadministrativos, afecta las garantías de los principios de economía, transparencia, e igualdad de oportunidades con relación a la selección de una propuesta ventajosa para la entidad contratante.

Hipótesis

El principio de selección objetiva en los contratos estatales se encuentra consagrado en toda la normatividad respectiva. Con relación a su aplicabilidad en los contratos interadministrativos, es necesario determinar cuál es el verdadero enfoque y aplicación que se le da a dicho principio.

Objetivos

General

Determinar cuál es el verdadero enfoque y aplicación que se le da al principio de selección objetiva con relación a los contratos interadministrativos.

Específicos

Analizar el fundamento jurídico principalmente constitucional y legal de principio de selección objetiva en los contratos estatales.

Contrastar el principio de selección objetiva en los contratos estatales, frente a la figura de los contratos interadministrativos

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

Tema La contratación pública interadministrativa en Régimen Especial con entidades del sector público de acuerdo al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

Investigadora: Tapia Rosales Stefani Lisset.

Institución donde se llevó a cabo la investigación: Universidad San Francisco de Quito – Colegio de Jurisprudencia.

Año de realización: 2013.

Tipo de Trabajo: Trabajo pregrado en Derecho

Problema planteado

La falta de reglamentación del criterio de selectividad en los contratos interadministrativos (contratos entre entidades públicas), ha venido ocasionando la vulneración de los Principios de Derecho Administrativo más importantes como son el de legalidad y discrecionalidad. Puesto que el criterio de selectividad no se encuentra desarrollado ni estructurado en la ley ni en el reglamento general, así como tampoco el INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública), ha emitido resolución alguna en la que se establezca cuál es el criterio de selectividad específicamente en Régimen Especial, por lo que se plantea el siguiente interrogante: ¿Al momento que se establece un régimen de Contratación Directa entre el Estado y las Entidades del Estado bajo criterio de selectividad, se estaría vulnerando uno de los principios de Legalidad o Discrecionalidad?

Hipótesis

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), establece la forma como se estructura la Administración Pública, así como también la forma y figura de las entidades institucionales y de derecho público constituyéndose todas estas en entidades administrativas cuyo objeto de su existencia primordial es el generar un bien común a los administrados, es decir, a los ciudadanos o habitantes del Estado ecuatoriano. El Estado a través de cada una de sus entidades debe establecer mecanismos sociales, políticos y jurídicos para generar el bienestar social y uno de estos mecanismos es el de la contratación pública que en el caso del Ecuador, se encuentra normado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

Objetivos

Analizar la historia del surgimiento del Estado, pues al surgir este, como consecuencia directa, se debía conformar la estructura económica, política, social y particularmente jurídica del Estado, quedando conformado el Estado y como consecuencia las entidades del Estado.

Definir al Derecho Administrativo y a la Administración Pública como ejercicio directo del primero.

Estudiar y analizar particularmente la estructura jurídica administrativa del Estado Ecuatoriano la cual se encuentra plasmada en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y en el marco de la actuación de la Administración Pública, también se ha plasmado dicha actuación en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad.

Fuentes

39 Obras, entre ellas se incluyen obras de derecho público económico, de derecho constitucional, de derecho administrativo, Teoría del Estado, Diccionario de derecho público

administrativo, constitucional de diferentes autores, así como artículos y visitas a varias páginas web.

Metodología o enfoque metodológico

Se trata de una investigación basado en el paradigma socio-crítico que contiene un modelo de investigación socio- jurídico de carácter analítica descriptiva- interpretativo que incluye dos estudios de caso.

Desarrollo

La investigación desarrolla tres capítulos en los cuales se analiza brevemente la historia del surgimiento del Estado describiendo la conformación de la estructura económica, social y particularmente jurídica del Estado; se define al Derecho Administrativo y la Administración Pública como el ejercicio directo del primero, lo que permite el análisis de la estructura jurídica del Estado Ecuatoriano que está plasmado en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y en el marco de la actuación de la Administración Pública también plasmado en el Reglamento para el control de la Discrecionalidad. El ERJAFE, establece la estructura de la Función Pública constituyéndose todas estas en entidades administrativas que propenden por generar bienestar común a los administrados y en general a los habitantes del Estado Ecuatoriano, por lo que al aplicar el criterio de selectividad se hace necesario confrontar los principios de legalidad y discrecionalidad frente al criterio de selectividad establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El resultado de esta confrontación permite el análisis de la forma de aplicación y desarrollo del criterio de selectividad, así como establecer si se vulnera o no los principios de legalidad y discrecionalidad.

Finalmente, la investigación aterriza todos estos análisis en casos prácticos para comprobar la materialización de la vulneración de los principios de legalidad y discrecionalidad frente a la selectividad por parte de la Administración Pública.

A partir de lo anterior, tenemos en resumen el desarrollo del texto, así:

Capítulo I - La relación interadministrativa

El contenido que incluye este capítulo establece las bases jurídicas sobre las cuales se sustentan las relaciones interadministrativas, dando a conocer la historia de la conformación del Estado, su arquitectura legal y su división, de una parte, en el Derecho Público para conocer el Derecho Administrativo y su forma de aplicación a través de la función pública la cual está reglamentada por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE), el cual establece la configuración jurídica de las distintas entidades del sector público y las entidades de Derecho público, para poder definir las Entidades del Estado y de otra parte, en el Derecho Privado.

El texto menciona que existen otras entidades que surgen de la Constitución y de otras leyes, como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que determina los distintos niveles de organización territorial, constituyéndose cada una de estas como personas jurídicas de derecho público y con capacidad plena para la contratación pública y menciona la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) como base jurídica para la conformación de entidades estatales.

Se relata el surgimiento de los Estados desde la caída de los imperios de Europa occidental cuando la organización política se basaba en reinos, principados, señoríos, ciudades constituidas como estructuras orgánicas consolidadas de poder, Este poder obedecía a intereses patrimonialistas y religiosos, los señores feudales dominaban en sus respectivos

territorios sin hacerlo a título de representantes del rey. El rey gobierna como un feudal sobre las tierras del realengo, es decir, sobre aquellas que le pertenecen patrimonialmente. Es con ese patrimonio privado con el que respalda su derecho a la corona y sus pretensiones de influencia sobre el resto del reino, que dependen de sus relaciones personales con los nobles más poderosos. Después de la caída de estos imperios, inicia el surgimiento y configuración del Estado.

El Estado moderno es el resultado de un proceso de formación derivado de grandes luchas civiles y revoluciones políticas, dentro de las cuales se destacan la Guerra Civil Norteamericana de 1786 y la Revolución Francesa de 1789, siendo estos hechos históricos los que definen la Constitución del Estado como el mecanismo que institucionaliza o mediante el cual se generan las instituciones que conforman el Estado.

Durante los siglos XVII, XVIII y XIX y teniendo en cuenta la Construcción de las Constituciones y de los principios basados en la doctrina constitucional de diferentes autores como J. Locke, Rousseau y Montesquieu, se introduce en la parte orgánica de las constituciones, entre otras, la división de poderes como mecanismo jurídico y límite del abuso de poder y la proclamación de derechos constitucionales con el fin de defender los derechos fundamentales e institucionalización de diferentes entidades de la administración pública.

A partir de todo esto se define el Estado y en palabras de Efraín Pérez citado dentro del documento, es una “corporación formada por un pueblo, dotada de un poder mando originario y asentada en un determinado territorio. Otros autores, como el Dr. Moreno Rodríguez, también citado dentro del texto, el Estado es la “Entidad Social y Política jurídicamente organizada bajo un poder supremo, que se manifiesta por la coexistencia de otros elementos:

un territorio determinado, una población asentada en ese territorio y una autoridad común o gobierno”.

Así, que una vez limitado el territorio, se configura el Estado y allí se evidencian los elementos de ese Estado denominados por Montesquieu en su libro *Del Espíritu de las Leyes* como: a) un orden jurídico, b) el Territorio, c) el pueblo, posteriormente se incluirá como otros elementos del Estado, la soberanía, el poder del Estado y la Centralización y Descentralización.

Posteriormente el texto relaciona una serie de definiciones que incluyen la de Derecho Público como Conjunto de Normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. El que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado.

En cuanto al Derecho Administrativo y por los fundamentos históricos que lo sostienen, se constituye en el conjunto de normas positivas y adjetivas que regulan la actuación de los organismos estatales frente a los particulares, así como las actuaciones de las entidades administrativas entre sí.

De otra parte, haciendo mención a la Función Administrativa definida según Guillermo Cabanellas,

Esta función ha sido confiada primordialmente por la Constitución al poder Ejecutivo, con un desdoblamiento entre el gobierno y la administración a partir del reparto de atribuciones con sus colaboradores (...). Es aquí donde la autora del documento bajo análisis, aterriza estas definiciones dentro del contexto del Estado Ecuatoriano, para establecer que dentro de la Constitución de esa República, artículo 141, se considera que “La presidenta o presidente de la República ejerce la Función

Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la Administración Pública.

La Administración pública, se he definido, según lo expresa el citado autor, Cabanellas, como la parte de la autoridad pública que cuida de las personas y de los bienes en su relación con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común y ejecutando las leyes de interés general. Definido como el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos.

Dentro de las Disposiciones Generales del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE), se establecen dos tipos de entidades estatales, cuya diferencia sustancial radica en su naturaleza de origen, siendo las primeras de acuerdo al Artículo 6 las entidades que nacen de la administración pública central y las segundas, cuya naturaleza jurídica proviene de la creación de una Ley, según el Artículo 7, de la norma en cita, se denominan entidades de derecho público.

La Constitución ecuatoriana, no define lo que se debe entender por entidad administrativa, sin embargo, el artículo 225, establece la conformación de la administración pública, definido de la siguiente forma: El sector público comprende: 1) organismos y dependencias de las funciones ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y Control Social. 2) Las entidades que integran el Régimen autónomo descentralizado. 3) Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4) Las personas jurídicas creadas por acto administrativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Después de mencionar cada una de las entidades que conforman la Administración Pública ecuatoriana, según la Constitución, el presente trabajo aterriza en el surgimiento de la relación interadministrativa, mediante la cual el Estado en su afán de cumplir el servicio público realiza y celebra diferentes tipos de contratación pública, que se constituyen en contratos administrativos, aun cuando también celebra contratos civiles, los cuales no son materia del presente estudio.

El contrato administrativo definido por Juan Carlos Cassagne consiste en que la relación jurídica tiene como contraparte a otra entidad administrativa con las mismas características jurídicas administrativas. Es aquí cuando surge la relación interadministrativa.

En cuanto a las relaciones jurídicas que establece el Estado con particulares, llamadas relaciones administrativas, de ellas se deriva el contrato administrativo. Al momento en que el Estado genera una relación jurídica con otra entidad Administrativa sea ésta institucional o de Derecho público, se configura una relación interadministrativa materializada a través de un contrato interadministrativo, que al igual que los contratos administrativos, los interadministrativos se configuran como límites jurídicos en los cuales se desenvuelve y se desarrolla esa relación interadministrativa.

La generación de contratos administrativos en el marco de la Legislación Ecuatoriana trae varias opciones jurídicas de la conformación de contratos interadministrativos, según el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es decir, que éstas empresas pueden actuar en el marco de sus objetivos a través de alianzas estratégicas,, asociaciones, consorcios, u otros de naturaleza similar, y la pregunta que surge, es qué pasa cuando una de esas figuras jurídicas celebra un contrato, se convierte en administrativo o en interadministrativo?, para responder, se partirá siempre del principio de las definiciones citadas, en la cual un contrato es

interadministrativo siempre y cuando participen de ese contrato 2 o más entidades estatales y concretamente, para la legislación ecuatoriana sean 2 o más entidades de la administración pública central o de la administración pública institucional.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Estado ecuatoriano, es el único cuerpo legal normativo rector de la Contratación pública. Se divide en cinco títulos, estos son: I. Generalidades. II. Sistema Nacional de Contratación Pública. III. De los procedimientos. IV. De los Contratos y V. De las Reclamaciones y controversias.

La Ley establece que se someterán al Régimen Especial bajo criterios de selectividad los siguientes contratos:

- I. Las contrataciones que el Estado celebre con entidades del sector público.
- II. Las contrataciones que realicen las entidades del sector público entre sí.
- III. Las contrataciones que realice el Estado con aquellas empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en 50% a entidades de derecho público y
- IV. Las contrataciones que realice el Estado ecuatoriano con las subsidiarias de las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos al 50% a entidades de derecho público.
- V. Se configura como tal la relación interadministrativa y por ende el contrato interadministrativo en el Estado Ecuatoriano.

Capítulo II. Principios del derecho administrativo en el marco de la contratación pública y el régimen especial de contratación interadministrativa y el criterio de selectividad en el Ecuador.

El estudio empieza por definir los Principios Generales de Derecho, que para García de Enterría, son como expresión “(...) de los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, es decir, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad (...)”.

Ahora en el texto se definen los Principios que sustentan el Derecho Administrativo objeto de estudio en la presente investigación, Elisenda Maralet, establece que éstos principios. Hacen referencia a “(...) aquellos elementos que constituyen los aspectos estructurales o fundamentales de nuestro Derecho Administrativo y que se constituyen por inducción de los textos legales, por deducción del texto positivo por inducción de lo que es nuestro Derecho Administrativo codificado (...)”, es decir que se toman elementos jurídicos, económicos, políticos, sociales, históricos de los elementos de construcción de los principios generales del derecho y se los aplica a la rama del Derecho Administrativo entendido éste como lo expresa Ramón Parada, “(...) aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos”, en la construcción del texto positivo y del texto adjetivo”.

Varios tratadistas, de acuerdo a su posición doctrinal frente a la actuación de la Administración Pública, han propuesto varios principios jurídicos que sustentan el Derecho Administrativo y por ende el Procedimiento Administrativo, entre los cuales se señala Helena Alvear García, para ella los principios más importantes son el de legalidad, discrecionalidad y

confianza legítima; para Gordillo son: legalidad objetiva, principio de la oficialidad, principio de la instrucción, principio de la verdad material, principio del informalismo en favor del administrado, debido proceso, contradicción, economía procesal, *in dubio pro actione*, igualdad, imparcialidad; y señala otros autores que consideran el listado de principios que han establecido según sus estudios y criterios, pero señala que la mayoría de tratadistas se han puesto de acuerdo en determinar que los principios de legalidad y discrecionalidad son los más importantes puesto que rigen y sustentan la vida administrativa del Estado, razón por la cual esta investigación basó su argumentación jurídica en estos dos principios.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece El Régimen Especial, así:

Primero de determinó la naturaleza jurídica del Régimen Especial, que surge de la relación naturaleza jurídica de la institución contratante y esta naturaleza corresponde a ser una entidad estatal y desde la perspectiva del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE), podría ser una entidad del sector público central o una entidad de derecho público.

Luego se trató el tema del criterio de selectividad, mencionando que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece un Régimen Especial que, en su aplicabilidad, el Estado apoyado en ese régimen, realiza la contratación administrativa de manera directa al escoger su oferente o contratista. Ese Régimen Especial genera el mecanismo jurídico mediante el cual el Estado ejerce de forma directa su poder público a través de la contratación de otra entidad estatal con igual o menor capacidad técnica que una entidad de derecho privado y que el Estado ha decidido contratar.

Benjamín Herrera, citado por la investigadora, relaciona las características de los procedimientos de selección, al considerar que:

“(…) Son obligatorios como que se trata de procedimientos administrativos y cuya ausencia genera una irregularidad insubsanable, sin embargo, no todo error genera nulidad, sino que aquel que sea serio y trascendente. Son públicos, en el sentido que pueden participar todos y controlar y supervisar todos, en interés de la legalidad y la moralidad pública, con facultad para asistir a los distintos trámites y obtener copias de los mismos. Lo público dice de la participación general y de la publicidad”.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se encuentra definido el criterio de selectividad ni en su reglamento peor aún, desarrollado de una forma orgánica de aplicación por lo que genera un verdadero vacío legal en relación a la aplicación de este criterio.

El Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), es el ente que promueve y ejecuta la política de Contratación Pública y no ha emitido Resolución o normativa en el cual se establezca orgánicamente el criterio de selectividad.

En cuanto al Principio de Legalidad, en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE), se determina su aplicabilidad y al confrontarlo con el criterio de selectividad se puede establecer que al momento de aplicar el criterio de selectividad, al resolver mediante acto administrativo, se vulneran las características fundamentales de la selección del contratista como es el criterio de objetividad entendido como la determinación de la mejor oferta, pero, como se puede cumplir esta característica básica del criterio de selectividad sino existe un proceso de selección.

En cuanto al principio de discrecionalidad esta ha estado sujeto al límite de la arbitrariedad y tiene como base la razonabilidad, es decir, que su base es la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal.

Dentro del marco constitucional ecuatoriano, se garantiza el sostenimiento de los actos del órgano público al ordenamiento jurídico, es decir, han de verificarse no solo dentro de la norma legal sino dentro del bloque de legalidad, integrado por leyes, normativas, reglamentos y principios que orientan el ordenamiento jurídico. Al confrontar la discrecionalidad con el criterio de selectividad en el marco de la actuación de las entidades administrativas contratantes a través de sus personeros denominados autoridades públicas o funcionarios públicos, pues quienes ejercen específicamente la discrecionalidad revestidos de la autoridad que les ha otorgado la entidad administrativa por su trabajo son justamente los empleados públicos. Es decir, la discrecionalidad viene dada por los elementos objetivos y subjetivos del empleado público. Este principio no está incluido dentro del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (ERJAFE), aun cuando si se menciona la forma en que deben actuar las autoridades de administración pública y establece claramente la forma de ejercer la administración pública, es decir, como actividad con objetividad de los intereses generales.

Capítulo III. Análisis de caso práctico bajo los principios de legalidad y discrecionalidad, y visión general de los principios que sustentan la contratación pública ecuatoriana

En este capítulo, comienza la investigadora haciendo una revisión general de los principios de la contratación pública haciendo alusión al principio de la continuidad, definido como el que permite asegurar la continuidad en la prestación de los servicios públicos, sin interrupción alguna.

Así mismo, se menciona en el texto que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 4, menciona que se deben observar los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. El Estado debe garantizar que, mediante cualquier modalidad de contratación, debe procurar situar todos los componentes de igualdad de condiciones y no debe existir ningún motivo de preferencia, por lo que la selección debe basarse en quien formule la mejor oferta. Este principio jurídico se opone a la presentación de ofertas únicas, ya que las mismas no se pueden confrontar con otras ofertas para determinar cuál es la más conveniente para el Estado.

Luego, la investigadora presenta dos casos prácticos en los cuales se analiza la pertinencia del análisis del criterio de selectividad después de la etapa precontractual.

Caso 1. Contrato con código RE-MEER-002-2011, del ministerio de electricidad y energía renovable con la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM.

Entidad contratante: Ministerio de Electricidad y Energía renovable (MEER)

Proveedor: TECNISTAMP GASESPOL CEM

Objeto: adquisición para las y los servidores del MEER

Tipo de Compra: Bien

Tipo de Contratación: Pública

En la elaboración de los pliegos de condiciones en régimen especial entre entidades públicas, según lo expresa la investigadora, la entidad contratante (MEER) solo invitó directamente a la firma TECNISTAMP GASESPOL CEM y le solicitó mediante comunicación oficial, que presente la oferta en relación a los pliegos ya enviados.

Cabe señalar que en la parte considerativa de la Resolución de inicio del proceso no se hace análisis jurídico administrativo de la forma de selección de la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM, basándose simplemente en una sugerencia.

Resolución de adjudicación, en su parte resolutive adjudica a la firma TECNISTAMP GASESPOL CEM.

Caso 2. Análisis del criterio de selectividad aplicado al contrato con código RE-DINARDAP-002-2011, de la Dirección Nacional De Registro De Datos Públicos.

Entidad contratante: Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Proveedor: Seguros Sucre S.A.

Objeto: Contratación de Póliza de Seguros para los Ramos de Incendio/ líneas afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Tipo de Compra: Seguro

Tipo de Contratación: Pública

En la Resolución de inicio del proceso, a pesar de citar el criterio de selectividad según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en ninguno de sus considerandos especifica la motivación administrativa por la cual eligen a Seguros Sucre S.A.

En la Resolución de Adjudicación, se adjudica a Seguros Sucre S.A. no hay garantías económicas.

Análisis del criterio de selectividad en los dos casos prácticos:

CRITERIO	CASO 1	CASO 2
ENTIDADES CONTRATANTES	El MEER es un órgano de ejecución de la función pública	LA DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS

		La compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM es otra entidad del Estado. TIPO DE CONTRATO: INTERADMINISTRATIVO	PÚBLICOS es una entidad administrativa SEGUROS SUCRE S.A: Es una compañía de economía mixta. TIPO DE CONTRATO: INTERADMINISTRATIVO.
TÉRMINOS DE REFERENCIA	DE	Según la LOSNCP Art. 23, se llaman estudios. Se determinaron según el marco legal.	No se realizaron término de referencia. De forma directa se solicitó autorización para elaboración de pliegos, por cuanto la póliza estaba próxima a vencer.
MARCO LEGAL		Acogiendo directamente el régimen especial, no hubo fundamentación jurídica. Solo tuvo en cuenta la LOSNCP, es decir, que en los términos de referencia que son estrictamente la elaboración técnica, en este caso, de estudio, ya se conoce desde un primer instante quien va a ser el oferente	De forma inmediata la Resolución de inicio del proceso y aprobación de pliegos en la parte resolutive, acoge régimen especial, cuando en sus considerandos no establece justificación ni motivación para acoger el Régimen Especial.

Conclusiones

La investigadora plasma 19 conclusiones dentro de las cuales establece que el Derecho público y el Derecho privado surgen en una primera instancia de organización como el conjunto de normas jurídicas que organizan la estructura jurídica, económica, política y social del Estado. El Derecho Administrativo se configura como el conjunto de normas que organizan la estructura administrativa del Estado y su accionar jurídico oferente a las personas naturales y jurídicas que conforman el Estado y de las instituciones que la conforman.

El Derecho Administrativo sustenta y fundamenta su actuación en dos principios sustanciales que son la Legalidad y la Discrecionalidad.

Dentro de las conclusiones más importantes relacionadas con el principio de legalidad, manifiesta el escrito, que el principio de legalidad limita y habilita a la Administración Pública para la manifestación de su voluntad, más para este caso, el criterio de selectividad no ha sido desarrollado por la norma positiva ni la norma adjetiva por lo que estaríamos frente a una vulneración del principio de legalidad.

Así mismo, considera la investigadora, que el principio de legalidad no solo conlleva la facultad de actuar en relación a la norma jurídica, sino que también para la actuación por parte de la administración pública, esta norma debe encontrarse estrictamente limitada en su forma de aplicación, a lo que se debe concluir que el criterio de selectividad no se encuentra debidamente limitada por lo cual se hace inaplicable dicho régimen y por lo tanto dicho criterio de selectividad.

La discrecionalidad se constituye en libertad de elección del oferente, pero esta libertad como todos los principios jurídicos tienen límites en los cuales debe actuar la Administración Pública, a lo que se puede concluir que es totalmente inaplicable el criterio de selectividad sino existe como tal un proceso de selección, sino que simplemente existe la Contratación Directa en una entidad administrativa.

La discrecionalidad técnica no puede basar su actuación en la libre elección de oferente por lo que la discrecionalidad técnica en materia de contratación pública, prácticamente es nula, por lo que el criterio de selectividad no puede fundarse en la elección de un solo contratista, sino que debe fundarse técnicamente su selección.

La contratación pública en su actual estructura de acuerdo a la LOSNCP es relativamente nueva, no se ha generado por los administrativistas, doctrina jurídica y su aplicación en relación al Régimen Especial y su aplicación mediante el criterio de

selectividad, razón por la cual es necesario e imprescindible que el INCOP dentro de sus facultades emita Resoluciones, desarrollando el criterio de selectividad y la forma y el mecanismo jurídico mediante el cual las entidades administrativas acogerán el régimen especial.

Propuestas

La investigadora considera que debe adicionarse al Artículo dos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un segundo párrafo antes de iniciar los numerales en el cual se establezca que: El criterio de selectividad, deberá ser debidamente fundamentado por la Entidad contratante en una Resolución de selección de oferente.

De igual manera que se adicione en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un artículo en el Capítulo VII denominado Régimen Especial en el cual se establezca: Para la aplicación del criterio de selectividad, cuando existan dos o más entidades administrativas que realicen la actividad que la entidad contratante desea contratar se deberá proceder a una selección de la mejor entidad, para lo cual se les enviará en sobre cerrado a las entidades los pliegos para su envío respectivo.

En el marco de las facultades otorgadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública), esta, emita una Resolución en el cual defina (al igual que lo realiza en la Resolución 054 de 2011 sobre términos de referencia y especificaciones técnicas), criterio de selectividad, así como los mecanismos administrativos de razonabilidad para la selección del mejor ente administrativo en caso que existan dos o más.

Se emita por parte del INCOP, una Resolución en la cual se establezca los límites para el ejercicio de razonabilidad en el marco de la selección del contratista o contratistas cuya naturaleza jurídica es la de ser Entidad del Estado.

RAI 2

Tema Los convenios de la Administración y los Contratos Estatales: conceptos diferentes con Regímenes Jurídicos distintos.

Investigadores: Carlos Enrique Perdomo Guerrero y Miguel Alejandro Malagón Pinzón.

Institución: Universidad de los Andes.

Año de realización: 2014.

Tipo de Trabajo: Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa.

Problema planteado

El 23 de junio de 2010, la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió una sentencia en la que se consideró que los conceptos de convenio interadministrativo y contrato interadministrativo eran iguales (CE 3,23 jun.2010, M. Fajardo Gómez).

Esto difiere de la práctica de gestión de las entidades públicas donde se identifica una dicotomía entre realizar contratos interestatales, por un lado, y convenios interadministrativos, por el otro. En este contexto es común apreciar que el operador jurídico no cuenta con herramientas que le permitan discernir entre la celebración de los primeros y los segundos y, sobre todo, diferenciar dos conceptos más generales: los contratos estatales y los convenios de la administración.

En este sentido este marco teórico busca responder a la cuestión de cómo determinar si se está en presencia de un convenio de la Administración. Para ello es preciso analizar si

existe una diferencia entre este concepto y el de contrato estatal y precisar si se puede determinar que hay una diferencia de regímenes.

Hipótesis

Para enfrentar la problemática de la regulación descrita, se propone la elaboración de un proyecto normativo donde se aborden los principales tipos de convenio de la Administración, supliendo los vacíos existentes y corrigiendo los defectos de la regulación actual.

Objetivos

Analizar si existe una diferencia entre los contratos estatales y los convenios de la Administración y, por ende, si se diferencian sus regímenes legales.

Estudiar las consecuencias de la diferenciación de regímenes legales.

Diferenciar los tipos de convenios de la Administración.

Plantear un proyecto regulatorio que permita a los operadores jurídicos analizar adecuadamente las diferentes clases de convenio.

Fuentes

64 Obras, entre ellas se incluyen obras de derecho público y privado, Contratación Estatal, Sentencias del Consejo de Estado, obras de derecho constitucional, de derecho administrativo, Teoría del Estado, Principios de Derecho Mercantil, Constitucional de diferentes autores, así como Normas, artículos y visitas a páginas web.

Metodología o enfoque metodológico

Se trata de una investigación basado en el paradigma socio-crítico que contiene un modelo de investigación socio- jurídico de carácter analítica descriptiva- interpretativo que incluye estudios de casos.

Desarrollo

La investigación desarrolla cuatro capítulos de la siguiente forma:

Capítulo I – Marco General

El contenido que incluye este capítulo empieza analizando lo que son los negocios jurídicos para lo cual el autor retoma el negocio jurídico de contraprestación exaltando su característica principal en el que las partes tienen intereses opuestos. Lo contrapone con el negocio jurídico de contraprestación resaltando que en ésta las partes tienen intereses iguales y se unen esfuerzos para cumplir cometidos que se fijan tal como en el contrato de sociedad.

De igual manera, el investigador hizo mención a los negocios jurídicos plurilaterales manifestando que en éstos aparecen varias declaraciones de voluntad y que se pueden llamar negocios complejos, entre los cuales el más importante es el contrato y que los tratadistas modernos hoy hablan de actos complejos o convenios.

	CONTRATO	ACTO COMPLEJO
Intereses de las partes	Distintos y opuestos. Las partes están una frente a la otra.	Las partes persiguen iguales intereses. Las partes están una al lado de la otra
Eficacia jurídica	Satisface al mismo tiempo los intereses de las dos partes, pero estos intereses están en oposición.	Satisfacen los intereses de las partes, son iguales y comunes, pero éstos están una al lado de la otra

De otra parte, se puntualizan en el trabajo investigativo estas características entre el sector público y el privado:

	SECTOR PÚBLICO	SECTOR PRIVADO
INTERÉS	GENERAL	PARTICULAR- Ánimo de lucro
El sector Público, se está pareciendo al sector privado. Normas de competencia medidas basadas en la producción. estilos de gobierno corporativo. Bienestar Público.		
El bien común es asunto de todos y cada uno, con forme a su nivel de competencia.		

El autor aclara que cuando en un negocio jurídico una de las partes es una Entidad Estatal, de las definidas en el Artículo 2, ordinal 1° de la Ley 80 de 1993, el contrato es un contrato estatal.

	Contrato estatal	Convenio de la Administración Pública
Intereses de las partes	Son coincidentes	
Obligaciones para las partes	Son coincidentes	
Elementos	Es un negocio de contraprestación.	Es celebrado por la Administración Nacional y una Administración Territorial. Parte de intereses comunes entre la Administración pública y la persona con quien se celebre el acuerdo. En este sentido no se parte de una contraposición de interés. Es un acuerdo que crea obligaciones entre las partes, esto es, vínculos jurídicos entre las partes en virtud de los cuales las partes se comprometen a realizar prestaciones, que no están encaminadas al logro de la satisfacción del interés de la contraparte sino la realización del interés común para ambas partes. Es un negocio de colaboración.

Este capítulo termina estableciendo un análisis de tres posiciones que se presentan frente a las relaciones existentes entre el contrato estatal, el convenio de la Administración y el Régimen aplicable.

1. Los Contratos o Convenios Interadministrativos son conceptos idénticos:

Refiere el autor que la jurisprudencia asimila los conceptos de Contrato y Convenio, manifiesta que ésta posición jurisprudencial es discutible, si se tiene en cuenta que existe semejanza entre los conceptos de negocio jurídico y contrato, toda vez que la noción de negocio jurídico, es general y comprende los negocios jurídicos de colaboración y contraprestación. A diferencia de lo anterior, conceptualmente, el contrato estatal se asemeja a negocio jurídico de contraprestación, en el que los intereses de las partes son opuestos.

Entre las Entidades estatales, en materia de celebración de negocios jurídicos en muchas ocasiones, las entidades realmente se comportan como ejecutoras de labores a favor de otras, teniendo entonces, intereses disímiles.

Esta doctrina está dividida en dos posiciones, un sector que iguala los conceptos sin hacer explícitas las razones para llegar a esa conclusión y el otro sector que troca los conceptos de contrato interestatal y convenio interadministrativo, sin ahondar en las razones de ello.

2. Figuras distintas, pero con Regímenes iguales:

Esta postura, según el autor, sostiene que existe una diferencia conceptual entre

Convenios y Contratos, sin embargo, asegura que la regulación es idéntica en materia de contratos interadministrativos y convenios interadministrativos. Según lo expresa el investigador, en esta postura hay dos grandes sectores: un grupo sostiene que claramente existe una diferenciación conceptual entre los convenios y los contratos, pero, la Ley 80 de 1993 no los diferencia. Referencia que en el Artículo 2° numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran los convenios y contratos interestatales.

El otro grupo sostiene que hay una diferencia marcada entre contratos interadministrativo y convenios. No obstante, manifiesta, que la causal de contratación directa

mencionada cobija únicamente, los convenios interadministrativos, porque para celebrar contratos interestatales se debe adelantar una licitación pública. Es claro que la causal de contratación directa hace referencia a contratos celebrados por entidades estatales y no a convenios de la administración, esto es, acuerdos donde los intereses de las partes no sean disímiles.

3. Conceptos diferentes y regímenes diferentes:

Refiere el investigador, que los contratos interadministrativos, están regulados en la Ley 80 de 1993, los convenios interadministrativos están regulados por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, ella prevé que los convenios son una forma de asociación de distintas entidades públicas.

Así también, manifiesta que un sector de la Doctrina establece que hay una diferencia clara entre convenios interadministrativos y contratos interestatales, siendo la Ley 80 de 1993 aplicable solo para los últimos. Es así que existe una diferencia entre los negocios jurídicos donde se pretende un intercambio de prestaciones de contenido económico y la satisfacción de necesidades opuestas, y por el otro, los convenios interadministrativos, donde las dos partes intervinientes acuden a satisfacer un mismo interés.

El texto hace mención al Artículo 1° de la Ley 80 de 1993 para guiar esta postura sobre la premisa contenida en dicha norma y sobre la cual se dispone, las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Por ello se exalta que los llamados convenios interadministrativos no están regulados por esta norma, pero, manifiesta el autor, deben enmarcarse exclusivamente en el desarrollo de los postulados constitucionales de colaboración de los órganos del Estado y en las reglas e desarrollo relativas a la estructura administrativa

nacional a la que se refiere la Ley 489 de 1998, siendo ésta la postura que comparte el autor de este texto.

Capítulo II. Principales consecuencias de la diferenciación entre convenios y contratos.

En el contexto del escrito, el autor establece la importancia de la regulación que interesa a cada concepto, es decir, al no ser aplicable la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 a los convenios, analiza, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

Para efectos de la celebración de convenios interadministrativos, no se aplican las restricciones referidas a la relación directa del objeto de la Entidad con el objeto del Convenio, ni es necesario contar con un acto administrativo que justifique la contratación.

En aquellos convenios de asociación con particulares, refiere el autor, específicamente hablando de los contemplados en el artículo 355 de la Constitución Política y de convenios de ciencia y tecnología, no debe realizarse licitación pública, esto sin desconocer los principios de la Función Pública consagrados en el Artículo 209 constitucional.

CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN	CONVENIOS	CONTRATOS
Regulación por Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007	NO APLICA	APLICA
Poderes excepcionales	NO APLICA	APLICA
Restricción sobre Adición a los contratos (hasta el 50%)	NO APLICA	APLICA
Principio de libre concurrencia	APLICACIÓN RESTRINGIDA	APLICA
Restablecer el equilibrio económico de los contratos	NO APLICA	APLICA

Capítulo III. Principales tipologías de convenio.

	CLASES	DESCRIPCIÓN	CASOS
1. CONVENIOS ENTRE LOS PARTICULARES Y LAS ENTIDADES PÚBLICAS,	CONVENIO DE APOYO	<p>Origen: Constitución Política-art. 355.</p> <p>Tienen dos características:</p> <p>1- las partes del convenio son cualificadas, es decir, de una parte debe ser el Gobierno en cualquiera de sus niveles (nacional, departamental, distrital y municipal). 2- La otra parte, debe ser una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad que haya surgido de iniciativa privada.</p> <p><u>El objeto del convenio:</u> Debe estar dirigido a impulsar programas y actividades de interés público, deben estar acorde con el plan nacional y plan seccional de desarrollo, como garantía del interés público.</p>	<p>1. “Convenio Especial de Cooperación”.</p> <p>Suscrito entre: Fundación Cultural Nueva Música y Área Metropolitana de Barranquilla. Objeto: El aporte de recursos que realizará el área Metropolitana de Barranquilla para impulsar facilitar, fomentar y desarrollar la actividad cultural a realizarse por la FUNDACIÓN CULTURAL NUEVA MÚSICA dentro del programa FESTIVAL XV FESTIVAL INTERNACIONAL DE JAZZ “BARRANQUILLA 2013 A LA CALLE”</p>
			<p><u>El uso inadecuado de la figura</u> es el Convenio Interinstitucional N°004 de 2009 celebrado entre el Municipio de Cécota de Velasco y la Fundación para el desarrollo social Comunitario</p> <p>Objeto: Construcción de la Primera Etapa de la infraestructura del Hogar Agrupado para la Primera Infancia del Municipio de Cécota. En este caso en particular está</p>

			realizando una contraprestación que beneficia directamente a la Entidad Pública, por lo que el Convenio Interinstitucional es en realidad un Contrato de Obra.
	CONVENIO DE ASOCIACIÓN	Es una forma de aunar esfuerzos entre la Entidades Públicas y los Particulares. Regulada en el Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según la cual los esfuerzos que se reúnen entre los particulares y las entidades públicas, se pueden realizar mediante dos mecanismos: uno es la asociación con miras a la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. El segundo mecanismo es <u>el Convenio de Asociación</u> que se puede suscribir con sociedades, asociaciones o fundaciones con o sin ánimo de lucro. El objeto corresponde al desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que las Entidades Públicas cumplen.	Convenio de Asociación. Suscrito entre la fundación CINE COLOMBIA y el INSTITUTO DISTRITAL DE LAS ARTES- IDARTES- y la Secretaria Distrital de Cultura, Recreación y Deporte- Para este caso son dos entidades públicas y un particular. El Objeto: Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para llevar a cabo la gestión, administración, operación y funcionamiento del Teatro Estudio del Centro Cultural Biblioteca Pública Julio Mario Santo domingo, con miras a su auto sostenibilidad y desarrollo en el marco de las políticas culturales del Distrito Capital. <u>El uso inadecuado de la Figura:</u> Convenio de Cooperación 42 de 2010 suscrito entre el Municipio de AIPE, en el Departamento del Huila y la Asociación

			de Voluntarios para el Servicio Social del Huila. En este caso el Convenio en realidad es un contrato en el que un particular está siendo remunerado por prestar unos servicios, que en principio debería realizar la Entidad Estatal. En el convenio incluyeron Garantías de Cumplimiento. En estos casos se debe estudiar muy bien las obligaciones de las partes, para poder extraer si en verdad se está llevando a cabo un negocio con un fin de colaboración.
	CONVENIO ESPECIAL DE COOPERACIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA.	El autor menciona la Ley 29 de 1990 cuyo propósito principal era impulsar las actividades de ciencia y tecnología. Mediante ésta norma se le otorgaron facultades al Gobierno Nacional para regular lo relacionado con modelos de Asociación con particulares para el desarrollo de estas actividades. Adicionalmente, el Decreto Ley 393 de 1991 prevé dos mecanismos de asociación, la creación de personas jurídicas, que es muy similar a lo previsto en la Ley 489 de 199. Tiene 3 peculiaridades: en la Ley 489 la asociación está previstas para la realización de actividades relacionadas con las funciones de las entidades, en el Decreto Ley	Convenio 412 de 2012 suscrito entre la Gobernación de la Guajira, la fundación Andina para el desarrollo técnico y social y el Fondo nacional de financiamiento para la ciencia, la tecnología y la innovación Francisco José de Caldas. Objeto: Unión de esfuerzos para diagnosticar, formular el plan de desarrollo de ciencia y tecnología del Departamento de la Guajira. <u>El uso inadecuado de la Figura:</u> Convenio Especial0002 de 2012 suscrito entre la Secretaria Distrital de Ambiente y la

		<p>393 está prevista para la realización de actividades de ciencia y tecnología y proyectos de creación e investigación de tecnología.</p> <p>En segundo lugar, la asociación en materia de ciencia y tecnología permite la creación de sociedades, de personas jurídicas sin ánimo de lucro. A diferencia de la Ley 489 de 1998 en la que solo se pueden crear personas jurídicas sin ánimo de lucro, es decir, asociaciones o fundaciones. Finalmente, el mecanismo, en materia de ciencia y tecnología permite la adquisición de acciones o cuotas partes de interés en sociedades civiles o comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro ya existentes. Esto avalado por el Tribunal constitucional colombiano. La Ley 489 prevé para la constitución de nuevas personas sin ánimo de lucro.</p> <p>El decreto ley 393 de 1991 estableció la posibilidad de celebrar convenios especiales de cooperación pero desarrolla actividades de ciencia, tecnología o innovación.</p>	<p>Asociación Colombiana de Asociaciones no gubernamentales para la Comunicación vía Correo Electrónico. Objeto: Transferir a la Secretaria Distrital el conocimiento científico y tecnológico para efectos del proceso de gestión de información, estadísticas e indicadores ambientales. No se trata de un convenio, en la realidad se trata de un Contrato. Así mismo dentro del Convenio se incluyeron garantías para efectos del incumplimiento en las obligaciones</p>
<p>2. CONVENIOS ENTRE LAS ENTIDADES PÚBLICAS</p>	<p>CONVENIO INTER-ADMINISTRATIVO DE COOPERACIÓN</p>	<p>Según el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se pueden celebrar estos convenios entre entidades públicas. En este caso bajo la luz de la norma citada, el investigador establece dos formas de asociación, una que celebra</p>	<p>Convenio interadministrativo 302 de 2011 celebrado entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social con la Agencia Nacional para la superación de la</p>

		<p>el convenio y la otra que conforma una persona jurídica sin ánimo de lucro. Ambas surgen de la voluntad de dos entidades públicas de asociarse y unir sus esfuerzos.</p> <p>Características: desarrollan su finalidad de manera coordinada, surgen por la intención de unir esfuerzos, teniendo ambas entidades un propósito común,</p> <p>Se rige por la Ley 489 de 1998 artículo 95. La asociación se rige por normas de derecho privado concordantes con los principios del artículo 209 de la Constitución Política.</p>	<p>pobreza extrema. Las dos partes aúnan esfuerzos para brindar apoyo, asesoría a la Agencia Nacional en procesos operacionales como gestión financiera y presupuestal, de talento humano, documental, administrativa, tecnológica, de servicio al cliente y de contratación. Ausencia de contraprestación. .</p> <p><u>El uso inadecuado de la Figura:</u> Convenio Interadministrativo 455 suscrito entre el Municipio San Juan Girón y la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Girón. Objeto: realizar la construcción de un cuarto frío con planta eléctrica, entre otras labores. En este caso se unen los esfuerzos pero hay una contraprestación, por lo que se está frente a un contrato y no un convenio interadministrativo.</p>
--	--	---	---

Capítulo IV. Proyecto de Decreto sobre convenios de la Administración.

El investigador elabora un producto práctico para cumplir específicamente con tres labores: 1. Definir el concepto de Convenio de la Administración. 2- Estudia los elementos centrales de la tipología de los convenios, estableciendo el régimen jurídico aplicable a cada

caso. 3. Deroga la reglamentación antitécnica que genera la confusión de los operadores jurídicos.

El trabajo termina aportando un proyecto de Decreto, para reglamentar los convenios de la administración.

Conclusiones

El investigador plasma 9 conclusiones dentro de las cuales establece la noción de convenio de la Administración, como el acuerdo en el que se crean obligaciones., las partes tienen intereses convergentes que buscan un fin común.

El investigador defendió la posición que considera que los convenios son conceptualmente diferentes a los contratos y que por ello tienen regímenes diferentes.

El trabajo confronta los regímenes de los contratos y sus consecuencias frente a:

- I. Cómo se debe agotar la etapa precontractual, esto es, si para la celebración de convenios debe observarse las normas precontractuales de contratación estatal;
- II. Sí en los convenios pueden incluirse poderes excepcionales;
- III. Determinar si hay un límite de adición en los convenios y
- IV. Si hay lugar al restablecimiento del equilibrio económico en los convenios.

El autor hace referencia al convenio de apoyo, que se caracteriza por ser un acuerdo en donde se aúnan esfuerzos para impulsar programas y actividades privadas de interés público, que están acordes con el Plan Nacional de desarrollo o los planes seccionales de desarrollo.

De igual manera se refiere al convenio de asociación como un acuerdo de voluntades mediante el cual se aúnan esfuerzos para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de las entidades públicas.

Expresa que los convenios especiales de cooperación son acuerdos en los que dos o más partes aúnan esfuerzos para el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

Los convenios interadministrativos de cooperación son negocios en los cuales dos o más entidades aúnan esfuerzo para el cumplimiento de funciones administrativas o para prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo.

Los operadores jurídicos no diferencian adecuadamente los convenios de los contratos y las diferentes tipologías de convenios.

Propuesta

La falta de un criterio unificado y los vacíos encontrados durante el presente estudio, determinó que el investigador realice y presente una propuesta de proyecto de Decreto como producto práctico de su investigación.

RAI 3

Tema ¿Qué entender por contrato administrativo en el ordenamiento jurídico chileno actual?

Investigadora: Andrea Betsi Parra Sanhueza.

Institución: Universidad de Chile.

Año de realización: 2013.

Tipo de Trabajo: Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales.

Problema planteado

La autora plantea que el conocimiento sobre contratación administrativa se encuentra cautivo en las ideas francesas de principios del siglo pasado elaboradas en base a la doctrina de los servicios públicos, y que fueron introducidas en nuestro país desde la década de los 30´

del mismo siglo. Dicho cautiverio ha provocado, por un lado, que se petrifique el marco teórico explicativo de los contratos administrativos impidiendo su evolución y el ingreso de otros tipos contractuales celebrados por la Administración para ser regulados por directrices comunes. Y por otro, la presencia de múltiples y diferentes cuerpos normativos que dan vida a un ordenamiento jurídico contractual administrativo falto de uniformidad y consistencia.

Y en un escenario en que se han multiplicado de tal manera los contratos, que han pasado a ocupar un lugar a la par de los actos administrativos, influyendo notoriamente en la manera de administrar, la falta de organicidad y sistematización se vuelve intolerable en aras a un eficiente y eficaz ejercicio de la función administrativa, máxime si aspiramos a alcanzar el estatus de Nación desarrollada.

Hipótesis

La noción de contratación administrativa ha situado tradicionalmente en un específico sector de la Administración Pública, en el que se agrupan los contratos gestados bajo la influencia de la jurisprudencia y doctrina sustantivista francesa de inicios del siglo XX, cuyo sello distintivo fue dado por la idea de servicio público. Sin embargo, desde entonces hasta hoy, han operado significativos cambios en la estructura social, política, jurídica y económica que les sirvió de base originaria y sobre la cual se construyó su marco teórico.

Por ello en la actualidad, al hablar de la utilización de la vía contractual por la Administración Pública, existe un vasto y dinámico campo del quehacer nacional e internacional, en el que se ha consolidado una prolifera relación de cooperación, tanto a nivel público- privado como en el ámbito interadministrativo, y que es materializada por los más diversos tipos contractuales, ya no sólo por los contratos clásicamente administrativos. Y es que junto a los “contratos Administrativos” conviven otros identificados como “contratos

privados de la administración”, “contratos públicos”, “contratos de la Administración”, “contratos celebrados por la administración”, etc.

Objetivos

Enseñar el contrato administrativo como un instrumento jurídico que ha acompañado a la Administración del Estado, desde inicios del siglo XX hasta la actualidad, para que ésta pueda materializar su función administrativa.

Dimensionar cómo llegaron a complementarse en equilibrio jurídico dos instituciones de orígenes completamente opuestos y desiguales: contrato, del ámbito privado, versus Estado, del ámbito público.

Continuar con el estudio de la relación que existe entre el contrato celebrado por la Administración, sea contrato administrativo u otro, y la función administrativa, describiendo el rol que el primero ha jugado al alero de la de la función administrativa nacional del Estado Liberal, primero; y del Estado Social, después.

Analizar a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual, descubriendo los planteamientos que conducirán a la redefinición del contrato administrativo y, por ende, de la Contratación Pública Nacional.

Demostrar que el contrato público en general surgió como un instrumento necesario al ente supraordenador para el ejercicio de sus fines administrativos, y que el contrato administrativo no fue la excepción.

Contribuir con ideas y elementos que ayuden a la elaboración de un marco teórico que proporcione cohesión y organicidad a todos los contratos celebrados por el sector público nacional, incluyendo los típicamente administrativos y los llamados contratos civiles de la

administración, de manera de abogar por un ejercicio de la función administrativa más eficiente y eficaz, sobre todo en el manejo de los recursos públicos.

Adecuar el entendimiento de la vía contractual administrativa a nuevos predicamentos de una sociedad postmoderna que espera y exige mayor calidad de la actuación administrativa.

Fuentes

92 Obras, entre ellas se incluyen obras de derecho Administrativo, contratación administrativa, la actividad administrativa en la doctrina chilena, historia del derecho, teoría de la imprevisión y de los contratos administrativos, teoría del Estado, introducción al estudio del derecho público, los contratos, Los contratos administrativos en la doctrina chilena, La organización Administrativa del Estado, legislación chilena y Jurisprudencia chilena.

Metodología o enfoque metodológico

Se trata de una investigación basado en el paradigma socio-crítico que contiene un modelo de investigación socio- jurídico de carácter analítica descriptiva- interpretativo.

Desarrollo

La investigación desarrolla tres capítulos en los cuales el Primero, contiene diversos antecedentes históricos que permiten dimensionar cómo se produjo el proceso que llevaría a la complementación de dos instituciones, en su origen, totalmente opuestas entre sí, como lo eran el contrato y el ente supra-ordenador de la sociedad. La importancia de este punto es que aporta un primer argumento para unificar y organizar la teoría respecto de los contratos celebrados por la Administración, como lo es que todos ellos tendrían una base embrionaria común: Servir al ente supra-ordenador en aquello que él no puede hacer por sí mismo.

El segundo Capítulo incorpora La Función Administrativa por ser un factor determinante en la configuración del contrato administrativo, por lo que los conceptos de

función administrativa y contratación administrativa están estrechamente relacionados. El tercer y último capítulo amplía el concepto de contrato administrativo, de la siguiente forma:

Capítulo I – Aproximación Histórica a la Contratación Pública

Dentro del análisis que realiza la investigadora muestra cómo los diversos sistemas de ejercicio del poder político, por largos periodos de la historia, concretaron ese poder de manera absoluta, autoritaria y personalista, pues no se tenía conciencia ni de una clara diferenciación entre las personas que ejercían el poder y el órgano supra-ordenador, ni de la noción de igualdad distinta a la aristotélica. Así su estructura de gobierno se organizaba en un sistema piramidal donde la cúspide ubicaba a quienes detentaban el poder y hacia abajo quienes los tenían menos ubicando en la base a quienes estaban privados de toda clase de poder y de derechos.

La supra-posición fue cambiando con el tiempo, así, en las etapas más tempranas, se pueden encontrar unas de tipo mágico, luego fueron de tipo religioso, luego con la Edad Media vino el discurso sobre la búsqueda de la felicidad de los súbditos, la aparición del Derecho Natural y racional que intenta legitimar y explicar la naturaleza de la actividad humana, sin la trascendencia de lo divino ni de la tradición, sino solo la racionalidad.

El contrato por su parte, como instrumento facilitador de las relaciones humanas, tiene un origen muy antiguo, casi se puede decir que no hay mucha claridad.

El contrato primitivo, se creía tenía un componente mágico que le daba su fisonomía propia y carecía de elementos lógicos. No se dissociaba el presente del futuro. En la Grecia prerromana, el contrato existía en la medida que se verificara, en la realidad una reciprocidad de prestaciones que llamaron sinalagma.

En el Derecho Romano clásico, había dos corrientes en la idea de contrato, una decía que el contrato era esencialmente formal, pues se debían cumplir las especificaciones al pie de la letra; la otra concepción, lo determinante en él era la constatación de obligaciones recíprocas. En la época postclásica se admitía tanto el contrato formal como el contrato de cambio éste último gozaba de mayor aceptación y utilización.

Lo cierto es que la idea de contrato se puede visualizar mejor con la locución “contractus” que se refiere a “lo contraído”.

Ya en la época del Derecho Intermedio (siglo V hasta las codificaciones Europeas), en el Código de Napoleón de 1804 predominó la observancia de las formas como elementos determinantes del contrato.

La autora refiere que hasta aquí, no se ha tenido en cuenta el elemento volitivo, tan propio de lo que actualmente se considera contrato, pero en España el Ordenamiento de Alcalá de Henares en su título XVI, reaparece el elemento volitivo en la formación del contrato.

Hacia la época de la República Romana a parecen los primeros esbozos de lo que es hoy El Estado, que podía ser titular de Derechos y Obligaciones y participar en el tráfico jurídico. La República, pronto dio paso a las Monarquías Absolutas superadas posteriormente por ideas dadas precisamente desde la ideología republicana.

No es posible dejar de hablar del contrato de feudo mediante el cual el Rey o noble de mayor poder entregaba un territorio determinado a un noble quien tenía la obligación de reconocer la propiedad de quien le entregó el feudo, combatir a su lado y prestarle toda clase de ayuda. A cambio le correspondían las rentas, administración, gobierno y defensa del territorio recibido. Esta relación contractual se perfeccionaba ante testigos en ceremonia pública.

El Estado Moderno, es la forma política que reemplazó a las poliarquías de la Edad Media, y fue levantado por las monarquías europeas una vez que hubieron encontrado la forma de sobreponerse definitivamente a la nobleza, después de sostener con ella una lucha abierta, que caracterizó el cuadro de la sociedad feudal.

En la Alta y Baja Edad Media la Monarquía se había debilitado y la nobleza se había fortalecido debido a la feudalización de la propiedad agraria y de sus derechos de superioridad. Hacia el siglo XVI la monarquía logra una victoria definitiva sobre la nobleza al recuperar los medios de autoridad y administración que otrora les cediera, gracias a la alianza con la naciente burguesía de quien obtuvo los recursos humanos y económicos necesarios para crear una nueva y poderosa fórmula de gobierno.

La investigadora toma como ejemplo la Monarquía Española por su influencia en nuestras instituciones políticas, jurídicas, etc., y empieza hablando del “fuero juzgo” que fue considerado el primer cuerpo de leyes codificado del territorio español. En ella se establece la regulación de las cosas que son de los privados y de las que son de la Corte, prohibiéndose expresamente la venta y donaciones, bajo la sanción de que se anularán esos contratos si se llegaran a celebrar.

El código de las siete partidas, reivindica la superior posición real, iniciando la construcción de un fortificado sistema de mantenimiento y funcionamiento del gobierno y su aparataje operativo de carácter autosuficiente. No obstante, legitima al Rey y a su Corte, como sujetos capaces de celebrar contratos con los privados.

En los siglos posteriores dicho sistema se refuerza a través de la dictación de cédulas, decretos, ordenanzas y autos acordados, tal y como se aprecia en la Recopilación de las Leyes de España y en la Novísima Recopilación de las Leyes de España.

La investigadora menciona algunos ejemplos de tipos contractuales regulados por la Recopilación, así: a) La venta de oficios: son contratos celebrados por el Ente Gubernamental español de mediados del siglo XVI. b) La Reimpresión de la Recopilación de Leyes de Indias: Otro ejemplo concreto de la contratación pública en el Estado Moderno con la América Hispánica, se visualiza en el Decreto Real que autoriza al editor particular, Ignacio Boix, a llevar a cabo la quinta reimpresión de la Recopilación de la Leyes de Indias. c) La Almoneda: Si bien no se trata de un contrato, si es un procedimiento obligatorio en la celebración del contrato de compraventa de bienes pertenecientes a la Real Hacienda.

Capítulo II. La Contratación Pública al Alero de la Función Administrativa.

La clásica doctrina de separación de poderes del Estado asociada a una conceptualización orgánica de la Administración hizo proliferar una visión de una organización dividida en bloques de institucionalidad separados indefectiblemente uno de otro. Estos bloques fueron identificados como poderes Ejecutivo, legislativo y judicial y se le atribuyó a cada uno de ellos una función característica, propia y excluyente. Además, se le asoció con determinados órganos públicos, así: poder ejecutivo: presidente de la República; Poder Legislativo: Congreso Nacional y Poder Judicial: con Tribunales.

El criterio funcional, sustantivo o material enfoca a la Administración desde su dimensión actuante, es decir, como Función Administrativa y ésta a su vez agrupo al cúmulo de actividades o tareas que vienen a ser la matriz energética que pone en movimiento todo el aparataje administrativo estatal y que provocan y/o determinan todas sus demás acciones.

El contenido específico de Función Administrativa del Estado, fue tempranamente asociado al poder ejecutivo, y por ende, la actividad de ejecución de la Ley. El Estado Liberal

moldea una Función Administrativa mera ejecutora de Leyes, y más tarde el Estado Social de Derecho, una Función Administrativa del servicio público.

En los inicios de la Administración Pública, el contrato jugaba un rol más o menos sencillo que consistía básicamente en el intercambio de bienes o servicios, lo que permitía a la Administración contar de forma constante con los medios materiales y humanos suficientes para mantenerse en continuo funcionamiento y cumplir así con su función pública. Así, es posible evidenciar que la Administración actúa en doble vía, por un lado emite actos unilaterales, potestativos y ejecutorios mediante los cuales ejerce su función pública y por otra, suscribe actos no impositivos que cumplen el rol de gestión interna para ayudarla en el ejercicio de esa función, entre los cuales se incluyen los contratos.

Desde finales del siglo XVIII, la sociedad se volvió más compleja y con ello el rol contractual también se volvió más complejo, porque la Administración no solo debe velar su manutención, sino que debe también satisfacer múltiples necesidades públicas surgidas de los procesos de transformación social, política y económica heredados de la Revolución Industrial, por lo que necesitará recursos y conocimientos especializados que tomará de los privados para poder satisfacerlos.

El contrato pasa de ser un instrumento de intercambio de simples prestaciones a uno que regula prestaciones que implique la satisfacción de necesidades públicas, ello marca el inicio del alejamiento del contrato privado.

En el contexto de la investigación, la autora analiza el contrato público en la jurisprudencia del siglo XIX, y manifiesta que las sentencias sobre contratos públicos se relacionan con contratos celebrados entre municipalidades y particulares, ello se explica porque en aquella época, los municipios no se consideraban parte del Estado.

Otro grupo hace alusión a contratos entre organismos estatales y particulares, pero, al parecer, no estaban hechos a expresa petición del Presidente, por lo que, según la interpretación de la Corte Suprema, frente a una controversia jurídica, no les alcanzaba la competencia jurídica del CdE.

Los casos en los que se declaró la incompetencia fueron mínimos, pero, la investigadora menciona dos casos del año 1854 y uno de 1867. Señala que el primer caso está caratulado como “Don Francisco Javier Ovalle con el Fisco”, sobre cumplimiento de un contrato, en el que las partes habrían celebrado un contrato para que el particular provisionara de cales a los almacenes fiscales. El privado lleva el caso a los Tribunales ordinarios, quienes fallan, pero la Corte de Apelaciones CA, de Valparaíso, declara que la causa debe ser conocida por el CdE en virtud de la Regla 7ª del artículo 104 de la Constitución de 1833, Sentencia confirmada por la Corte Suprema. Lo mismo se resuelve en otro juicio seguido entre las mismas partes, pero con el Fisco como demandante ante los Tribunales ordinarios del cumplimiento del referido contrato.

El segundo caso, mencionada por la investigadora está caratulado como El Fisco con Don Tomas Bland Garland, sobre Cumplimiento de un contrato, en este caso, las partes habían suscrito un contrato de construcción del ferrocarril de San Fernando a Curicó, estipulándose en la cláusula 8ª, que se someterían a arbitraje todas las cuestiones que se originaran del referido contrato. El particular interpone demanda y la Entidad Pública demandada opone la declinatoria de jurisdicción, por corresponder al asunto al CdE.

El juez de primera instancia, siguiendo principios de derecho privado, no da lugar a la declinatoria porque el contrato, fue celebrado por el Supremo Gobierno con el acuerdo del CdE. Por lo que se concluye que dominó en las partes el propósito de sustraer las futuras

controversias del conocimiento de dicho Consejo, por lo que se declara competente para conocer del litigio, pero, la Corte Suprema de 1867, Revoca la Resolución anterior, citando el artículo 104, séptima parte, de la Constitución de 1833 y declara que no es de conocimiento del juez letrado de primera instancia, sino del CdE.

De su análisis, la investigadora señala que el gran dominador común en el tratamiento jurídico que los tribunales nacionales daban a los contratos celebrados por la Administración, sin importar su contenido, era su resolución con base en principios del Derecho Privado, aplicando normas españolas, y desde 1855 en adelante, las normas del Código Civil.

La autora resalta en el texto de investigación, los aportes de diferentes autores a la Contratación Pública en general, destacando que su revisión versó sobre cinco ejes centrales en los cuales detalla lo siguiente:

1. Tipificación de los Contratos Administrativos: En la práctica cotidiana de la Administración había unos con forma de contrato por medio de los cuales se perseguía un fin público, y que los Tribunales le daban tratamiento de una institución de Derecho Privado, cuyos lineamientos fundamentales contrastaban con ese fin público inherente a la Administración.
2. Existencia del Contrato Administrativo
3. Idea sustancial del Contrato Administrativo: Interés público perseguido con su celebración y servicio público como elemento tipificador del contrato Administrativo.
4. Crítica a la Naturaleza Jurídica de Contrato Administrativo atribuida a la concesión y al Nexo de Función Pública
5. Desarrollo de algunos contratos Administrativos más usados.

Capítulo III. Ampliación del Concepto de Contrato Administrativo.

La investigadora realiza una síntesis de ideas doctrinales que definen la noción vigente de Contrato Administrativo, que evidencian la influencia tradicional, como son:

- a) El contrato administrativo es un acto jurídico bilateral, es decir, un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos
- b) Una de las partes debe ser necesariamente persona jurídica de Derecho Público y la otra parte puede ser un ente privado u otro órgano público.
- c) Se persigue un fin público que consiste en proveer al funcionamiento de un servicio público y dar satisfacción a necesidades generales.
- d) Están sometidos a un Régimen Especial de Derecho Público, consecuencia de lo cual la Administración pasa a tener una posición de preeminencia respecto de los particulares gozando de un poder de dirección, fiscalización, sanción y/o de terminación o modificación sobre el contrato.
- e) Pueden recaer sobre una cosa que se encuentra fuera del comercio humano (bienes nacionales de uso público) e implicar el ejercicio de actividades ilícitas por el ordenamiento jurídico (juego y apuestas de azar).
- f) Están sujetos al control administrativo de la CGR, mediante controles de legalidad, conveniencia y de término, a través de la toma de razón y de controles de reemplazo.
- g) Es una contratación intuito personae.

Luego señala los nuevos contratos que celebra la Administración, dentro de los que resalta:

- Convenios Interadministrativos: son contratos celebrados entre órganos del sector público para materializar de la mejor manera posible el ejercicio de su función administrativa, pueden ser: **Convenios de Coordinación**: suscritos por órganos del sector público con el objeto de

coordinarse para solucionar mancomunadamente los problemas sociales y contribuir de forma colaborativa al desarrollo humano en el nivel administrativo correspondiente.

- **Acuerdos Mandatorios**: se busca el ejercicio de las funciones administrativas, pero mediante la delegación de algunas de sus facultades en otro órgano administrativo para que las ejecute de acuerdo a los términos del mandato y a las normas jurídicas que le apliquen. Convenios de traspaso de servicios, o para la administración de establecimientos o de bienes: Un órgano administrativo traspasa a otro la titularidad sobre un determinado servicio público y con ello la consecuente transferencia de activos, recursos financieros, recursos humanos y normas de administración financiera o de un establecimiento o bienes.
- El traspaso puede ser provisorio o definitivo, de acuerdo a las necesidades y programas existentes sobre el servicio de que se trate.
- **Convenios de Colaboración Público- Privados** que implican desarrollo de acciones o cometidos administrativos: son acuerdos de voluntades por medio de los cuales un servicio público encarga a otro órgano privado la realización de determinadas acciones, actividades y/o cometidos públicos para asegurar el cumplimiento de la función pública – administrativa, sin perder titularidad sobre las mismas.
- **Convenios de encomendamiento de acciones administrativas**: acuerdos contractuales por medio de los cuales un servicio público encarga a un ente privado la ejecución de determinadas acciones que estén en directa relación con los cometidos o funciones públicas que él debe cumplir.
- **Convenios de traspaso de cometidos administrativos**: los servicios públicos confían a entes privados la facultad de ejecución de determinados cometidos públicos que la Ley les ha encomendado, para que éstos últimos los realice en lugar de ellos.

- **Contratos de acciones de apoyo**: los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos en general comisionan todas las acciones de apoyo a sus funciones que no corresponden al ejercicio mismo de sus potestades.
- Contratos para disponer de la calificación profesional o técnica de una persona: Aquí se agrupan diversos acuerdos productores de obligaciones y derechos, asociados a la entrega de conocimiento o información especializada, necesarios para que la administración pueda materializar determinadas acciones administrativas en vista de cumplir su función administrativa.
- Contratos Internacionales del Sector Público: contratos administrativos que han ganado un espacio importante en la agenda administrativa actual, debido, en gran parte, a la influencia de la globalización, que ha acentuado la interdependencia entre los países en los más variados niveles de actuación administrativa. Son celebrados entre diversos órganos públicos nacionales con entes internacionales, públicos, o privados con fines de carácter gubernamental- administrativo.

Incluyen:

Contratos para la satisfacción de necesidades públicas tradicionales: acuerdos cuyo objeto es cubrir necesidades ya sean para el funcionamiento de los órganos administrativos mismos como para el beneficio y uso de la comunidad.

Contratos para Obtener o entregar apoyo para materializar cometidos administrativos: el objeto de estos contratos es favorecer la ejecución de cometidos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico nacional o en el marco de acuerdos internacionales vigentes.

Contratos para materializar inversión extranjera: se persigue garantizar las mejores condiciones para los inversionistas extranjeros en Chile. Para incentivar la inversión extranjera y promover el desarrollo económico nacional.

Conclusiones

La investigadora establece dentro de sus conclusiones que el contrato administrativo debe ser entendido como un instrumento jurídico utilizado por el sector público Nacional para realizar su Función Administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y directamente esa misión y/o la conveniencia en la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma, quedando regulado por un régimen jurídico mixto en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas con normas de Derecho Privado e Internacional.

Considera, además, que la noción de contrato administrativo debe ser unificada bajo una misma idea que tipifica su estructura contractual básica: estar al servicio de los órganos del Sector Público nacional para que materialicen la función administrativa, conservando sus naturales diferencias.

El enfoque que presenta este trabajo, busca precisamente, servir de puntapié inicial en el estudio y elaboración de una normativa orgánica para todos los contratos celebrados por los órganos del sector público nacional en ejercicio de su función administrativa, que dé cuenta de las naturales diferencias que existen entre ellos, pero a la vez los organice dentro de una misma familia de contratos, de la misma forma como bajo la clase de contratos civiles conviven diferentes tipos de ellos

Propuestas

La investigadora propone un nuevo concepto que abarque a todos los contratos celebrados por el Sector Público Administrativo Nacional, creando un marco jurídico orgánico que organice y sistematice de forma integral y armónica las bases fundamentales y de operación de este tipo de contratos.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

CAPÍTULO 1

Fundamento jurídico del principio de selección objetiva en los contratos estatales.

Para la realización de la revisión jurídica que apoya el proceso de selección objetiva en el marco de la celebración de contratos en el Estado Colombiano, es importante tener en cuenta como primera medida lo estipulado en la Constitución Política de Colombia, por cuanto allí se plasman las directrices desarrolladas en el sin número de normatividad del ordenamiento jurídico colombiano. De allí, que sea relevante tener en cuenta los principios constitucionales y de la contratación estatal para poder llegar a la verificación del papel que tiene el principio de selección objetiva en todo lo relacionado con los procesos de contratación estatal.

Así las cosas, es importante partir de los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, dentro de los cuales se encuentran los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, todo lo cual propende por establecer el ambiente ideal para el desarrollo de unos procesos contractuales transparentes que garanticen la escogencia de las mejores ofertas para las entidades contratantes en pro del desarrollo de los fines del Estado, del interés general y de la contratación estatal, a partir de un proceso de selección objetiva.

Para ahondar en el tema, se hace necesario ver que la norma, Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define lo que es el contrato estatal, como todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades del Estado, además define contrato de obra, contrato

de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

De otra parte, la citada norma en el artículo 23, establece los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales las cuales se deben desarrollar ajustadas a los principios de transparencia, economía y responsabilidad sin desconocer los postulados que rigen la función administrativa las normas que regulan la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

A partir de lo anterior, se hace imperativo definir cada uno de estos principios que se han enunciado, y aquellos que revisten de importancia dentro de los procesos contractuales, iniciando por el principio constitucional de la igualdad, consagrado en el artículo 13 constitucional, mediante el cual se establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, reciben la misma protección y trato ante las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Bajo este contexto, siendo el Estado el garante del cumplimiento de este principio se analizará el desarrollo jurisprudencial del mismo dentro del ámbito de la contratación estatal.

Así es como se puede verificar entre otras, el pronunciamiento de la Corte Constitucional, según el cual en materia de contratación pública, la Constitución le impone al legislador un modelo de contratación que tenga en cuenta la limitada autonomía contractual del Estado y los fines de la contratación pública, así los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino un medio la adquisición de bienes y servicios tendientes al logro de los fines del Estado. Esa facultad de contratación por parte del Estado, dice la Corte, se desarrolla dentro de un marco legal asignado al Congreso de la República

para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (C.P., art. 150, inciso final), normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales.

Así mismo, en este pronunciamiento, la Corte resalta que en los procesos de contratación con el Estado no se está en presencia de una situación ab initio de igualdad entre las partes contratantes, sino que una de ellas encuentra limitada su voluntad contractual, la cual se sujeta a severas prescripciones normativas, tanto en lo que al objeto del contrato respecta (cumplir los fines estatales), como al proceso de selección de contratistas, y demás aspectos relativos a precios, plazos, etc., por lo que debe tenerse presente que una vez celebrado el contrato, el contratista se tiene que someter al mismo régimen de responsabilidad que se impone a los servidores públicos, en razón de que asiste al Estado en la realización de sus fines constitucionales.

A través de este planteamiento, no se pretende convertir al particular en un servidor público, sino que se garanticen los fines que se persiguen con la contratación administrativa y que los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. (Sentencia C-1514/00 Magistrado Ponente (E) Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

Moralidad

La función Administrativa debe desarrollarse conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas. En desarrollo jurisprudencial de éste principio y según pronunciamiento del Consejo de Estado, si bien han

existido diversos pronunciamientos de esta Corporación en los que se ha intentado desarrollar su alcance y contenido, no existe un precedente claro y contundente sobre la vulneración de estos derechos, sin embargo, se ha pronunciado en la sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, C.P. Delio Gómez Leyva, en la cual expresa esta Corporación que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado (sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, C.P. Delio Gómez Leyva).

Consideró, así mismo que la expresión “sobrecostos”, en materia contractual, debía entenderse como aquellos "mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal", y que para efectos de la Ley 472 de 1998, tenía relación "con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación". (Consejo de Estado sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra).

Cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. (Consejo de Estado. Sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 2003-00618, C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Finalmente, según se evidencia, el Consejo de Estado (sentencia 21 de octubre de 2010. C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-

10709-01) manifestó que la revisión de las sentencias dictadas en procesos de acción popular es un mecanismo de reciente creación que le va a dar la oportunidad al Consejo de Estado de fijar el alcance de este principio, hasta el punto de definir si la revisión puede llegar hasta anular la sentencia que se revisa, por haber quebrantado los derechos de las partes e inclusive, los mismos derechos colectivos que se pretenden proteger.

Economía y Eficacia

Se tendrá en cuenta que la economía procesal se refiere a que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal, sino cuando la Ley lo ordene en forma expresa, y la Eficacia, tratará que se remueva de oficio los obstáculos puramente formales y evitar decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado.

El artículo 209 de la Constitución, indica que la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, que supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, es otras palabras, actuar de forma eficiente. (Sentencia C-300/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Sobre el particular, la página de Colombia Compra Eficiente, publica el documento CE SIII E 25802 DE 2013, sobre la configuración del principio de eficacia, donde la Sala frente a

una situación expuesta en la cual el contratista se vio obligado a realizar una obra diferente a la que se había contratado inicialmente, observa la vulneración de las finalidades de la contratación estatal, los principios de igualdad, eficacia y eficiencia, particularmente, las normas que regulan la planeación e imponen la selección objetiva, que queda en evidencia con la suscripción de un contrato cuyo objeto ya estaba satisfecho. En esos términos, se está en presencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80, consistente en la vulneración de normas de orden público u objeto ilícito.

Celeridad

Las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja de interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario. Sobre este principio, el Consejo de Estado en pronunciamiento que entrelaza todos los principios de la contratación estatal ha previsto que cuando la administración desconoce los principios constitucionales de los Artículos 2 y 209 de la Constitución y 23 de la Ley 80 de 1993, se traduce en una dilación que entorpece en forma injustificada la actividad contractual del Estado. (Consejo de Estado. C P. Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007).

Imparcialidad

Las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún

género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.

El desarrollo jurisprudencial emitido por el Consejo de Estado ha sostenido que, en desarrollo de los principios y las normas de la contratación estatal, la entidad estatal contratante no tiene competencia para crear o consagrar causales de rechazo o de descalificación de las propuestas, en tanto carece de la potestad para fijar formas o ritualidades que no tengan respaldo legal, como tampoco le está permitido crear inhabilidades o incompatibilidades distintas de las previstas en la Constitución o en la Ley, puesto que por esta vía se limitaría en forma ilegal la participación de los proponentes, amén de que resultaría contraria a los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política. (Consejo de Estado- C. P. Mauricio Fajardo Gómez- 27 de marzo de 2014).

Publicidad

Las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la Ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este principio ha dicho “(...) para los fines de la publicidad del proceso basta enterar a los interesados del objeto de la licitación, dato suficiente para que, a partir de esta información, consulten los documentos especializados que con gran precisión tienen los detalles y especificaciones jurídicas, técnicas y financieras del futuro negocio. (...)”. (Consejo de Estado. C.P. Enrique Gil Botero. 12 de agosto de 2014 Radicación: 25000-23-26-000-1995-10866-01).

Transparencia

El artículo 24 del Estatuto de Contratación, establece los parámetros del principio de transparencia, para la actividad contractual, en los cuales se tiene en cuenta, entre otros, algunos de los preceptos de los artículos 2, 13, 209 y 273 de la Constitución Política de Colombia de 1991; puesto que pese a la existencia de normas anteriores donde se establecían reglas tendientes a un adecuado manejo de los recursos públicos, mediante la contratación estatal, en estas no se establecieron los parámetros del principio de transparencia para la aplicación del mismo.

Se encuentra que dicho artículo establece el Principio de Transparencia como aquel que garantiza la escogencia del contratista de manera imparcial, objetiva y en igualdad de condiciones, señalando entre otros, en su numeral primero como regla general, el deber de escoger al contratista por el procedimiento de licitación; y en el numeral 8 del mismo artículo, que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder. Se define este principio, como la obligación de la administración de que previamente y dentro del proceso de contratación se exprese con claridad la forma en que se va a contratar, los requisitos de participación, el objeto concreto y la publicidad del proceso, conforme a las reglas del artículo 24 de dicho estatuto. (Sentencia C - 400/99 Magistrado Sustanciador: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa- 2 de junio de 1999).

Responsabilidad

La legislación colombiana vigente obliga a todos los funcionarios del Estado a que respondan por los perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones en razón del cargo que desempeñan. Por lo tanto, la responsabilidad del funcionario es en solidaridad con la del Estado, de ésta manera es posible demandar independientemente bien sea al funcionario o a la Entidad, incluso es posible demandarlos a ambos por lo que es la persona que va a presentar o

a interponer la acción, esto es el demandante quien elige de acuerdo a lo anterior a quien demanda con el fin de que le sea resarcido el perjuicio ocasionado.

Aunque en la actualidad se ha avanzado de manera significativa en establecer los límites de la responsabilidad del funcionario lo cual en últimas se ve reflejado en la regulación de la responsabilidad – por qué responde y hasta donde va su responsabilidad, no puede asegurarse que exista un vínculo de solidaridad entre éste y el Estado.

La administración actúa mediante el funcionario, entonces es a través del funcionario que expresa su voluntad, así la responsabilidad por el daño o perjuicio ocasionado recae sobre el ente estatal, a no ser que con ocasión de una actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario la entidad pueda ejercer la acción de repetición contra el funcionario, caso en cual éste debe efectuar el pago a que haya lugar a favor del demandante determinado en la sentencia que haya determinado la responsabilidad.

Específicamente en relación a la contratación en materia administrativa, el artículo 51 de la ley 80 de 1993, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos establece que estos responderán disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley, pero según la doctrina adicionalmente existen otros tipos de responsabilidad de los funcionarios en la contratación estatal: responsabilidad personal, fiscal, pecuniaria o económica y política. (Sentencia C-1008/10. M. P. Luís Ernesto Vargas Silva. 9 de diciembre de 2010).

Debido Proceso

Derecho de defensa, conocer y controvertir pruebas. El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas, en procura de obtener una sentencia o decisión justa sobre sus

derechos (vida, integridad, libertad o patrimonio) involucrados en las mismas. Se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85).

La dimensión y contenido del derecho al debido proceso supera el juzgamiento penal y se explica y justifica que sea una garantía fundamental consagrada en las constituciones concebidas bajo el modelo del Estado de Derecho para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. (Consejo de Estado. Sentencia T-209/06. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 17 de marzo de 2006).

El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo proceso contractual hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos.

De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela. (Corte Constitucional. Sentencia T-1082/12. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 12 de diciembre de 2012).

Importante aquí resaltar que el debido proceso tiene aplicación no solo en las actuaciones administrativas, sino, también, en las actuaciones judiciales. Pero en las actuaciones administrativas se aplica a todas las actuaciones del proceso contractual desde el inicio del mismo hasta su terminación y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la óptica del principio de legalidad, y el reconocimiento y aplicación de todos los principios constitucionales de la función administrativa y del marco de la contratación pública para que sus decisiones tengan efectos jurídicos.

Dentro del Estado Social de Derecho, la supremacía jurídica y de la Constitución Política, a los cuales se someten tanto los servidores públicos como los particulares para la Honorable Corte Constitucional, quiere decir que la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, por lo que todos los actos que prefiera y las actuaciones que realice deben estar de conformidad con la Constitución y la Ley, y que como consecuencia de ello, la función pública también debe someterse a la Constitución y la Ley.

También se resalta que entre los elementos más importantes del debido proceso y que deben ser desarrollados por la administración pública en cumplimiento de sus funciones y de la realización de sus fines, incluyen: 1. El acceso a la justicia en términos de libertad e igualdad de condiciones. 2. la garantía de un juez natural. 3. Las garantías inherentes a la legítima defensa. 4. La determinación y aplicación de trámites y plazos razonables 5. La garantía de imparcialidad.

Libertad de Asociación

La Constitución Política, en el artículo 38 expresa la garantía al libre derecho de asociación para el desarrollo de distintas actividades que las personas pueden realizar, sean estas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras

Para las personas jurídicas sin ánimo de lucro, pueden ser asociaciones, fundaciones y corporaciones; para las personas jurídicas con ánimo de lucro, puede ser: sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, sociedades por acciones simplificadas, entre otras.

La Corte Constitucional, (Sentencia C-949/01. M. P. Clara Inés Vargas Hernández), se ha referido a este principio apoyándose en lo estipulado en la Ley 80, artículos 6 y 7, manifestando que las figuras denominadas consorcios y uniones temporales, reconocen la realidad del mundo comercial, que se denominan "contratos de colaboración económica", que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores).

Aquí es importante tener en cuenta la capacidad contractual de los consorcios y uniones temporales ya que el Estatuto de contratación les reconoce este atributo sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales. También ha dicho que el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La libertad de asociación, está reconocida por la Constitución, y la consiguiente garantía de las participaciones sociales, así es que conviene manifestar que el ingreso o la salida de una persona cobijada por una inhabilidad, de producirse, salvo que se lleve a cabo de manera arbitraria e ilegal, se deberá hacer en el marco de las disposiciones societarias, gobernadas en buena medida por la autonomía de la voluntad. De otro lado, dichos movimientos no provendrían de una decisión del Estado, sino de los socios. (Sentencia C-415/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 22 de 1994).

Libertad de Competencia

La Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-197/12 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 14 de marzo de 2012), con relación a este principio ha dicho que la Libre Competencia es la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.

Según la mencionada jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(I)** la posibilidad de concurrir al mercado, **(II)** la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y **(III)** la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.

En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

De acuerdo con las condiciones del mercado, la corte ha interpretado la libre competencia económica como una garantía constitucional de naturaleza relacional, es decir,

que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley.

Así mismo, ha dicho la Corte que concibe a la libre competencia económica como un derecho colectivo y también individual, que tiene como fin alcanzar un estado de competencia real, libre, no falseada, que le permita a los empresarios la obtención de un lucro, a la vez que genera beneficios para el consumidor ya sea con bienes o servicios, mayores garantías a un precio real y justo.

También, dice la Corte, que la protección a la libre competencia económica tiene como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. (Sentencia C-228/10 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de marzo de 2010).

Buena Fe

El régimen de contratación del Estado, según la Corte en sentencia C-892 de 2001:

“no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos

principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.”

Aquí entra el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo con una relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Teniendo en cuenta la supremacía jurídica de la Administración Pública, es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.

El ordenamiento jurídico colombiano, reconoce el principio de la buena fe como un principio general de derecho, a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio, consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política, impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñirse en sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas’.

Así es que este principio de claro fundamento constitucional tiene una gran trascendencia en el derecho público, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria

en la amplia gama de las actuaciones administrativas y, además, contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, con el fin de impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas y para humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, ha dicho la Corte, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ello, se convierte en la causa jurídica de la cual surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia de las contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico.” (Corte Constitucional. T-1220297. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 17 de marzo de 2006).

Selección Objetiva y Libre Concurrencia

Uno de los principios más importantes que señaló la Ley 1150 de 2007, es el referente a la selección objetiva, el cual es el pilar fundamental del presente trabajo y que indica que "la

escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva".

Bajo este parámetro el legislador quiso dejar de lado cualquier tipo de elección subjetiva que llevará a situaciones a favor de una u otra parte. Por ello, este principio busca que la entidad al momento de hacer la escogencia de las circunstancias más favorables debe tener en cuenta la capacidad jurídica, la experiencia, capacidad financiera y de organización que presenten los proponentes al momento de querer contratar con la entidad, requisitos que deben ser proporcionales con el tipo y la cuantía del contrato a realizar, al mismo tiempo deben ser probadas con la respectiva documentación, lo que hace que la entidad pueda tener la certeza que los proponentes podrán realizar el contrato en las condiciones plasmadas en el pliego de condiciones.

Todo lo cual permite, determinar cuál es la oferta más favorable, al decir, que es aquella que resulte ser más ventajosa para la entidad "sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en los pliegos de condiciones".

Sin embargo, los tratadistas concuerdan al señalar que la realización de la obra en el menor tiempo posible o en un inferior costo, no es suficiente para constituirse como la oferta más ventajosa. En tal sentido, la ley determina que la entidad deberá analizar cada uno de los factores y realizar una ponderación para determinar las condiciones más favorables.

El legislador, al querer resaltar el principio de la selección objetiva, busco hacer cumplir el principio de transparencia, economía y responsabilidad, todos los demás consagrados en el estatuto de contratación. Así las cosas, dicho factor, juega un papel importante en la contratación, puesto que con él se garantiza el cumplimiento del interés público.

Finalmente, se hace necesario revisar el Principio del Equilibrio económico del contrato, para ello, revisada la literatura, el texto titulado Fundamentos de Contratación Pública escrito por el señor Jhon Jairo Bejarano Roncancio, para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición, manifiesta acerca de este principio que los contratos estatales, deben asegurar y mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar y que para tal efecto, las partes suscribirán los acuerdos precisos sobre cuantía, condiciones, forma de pago, gastos adicionales y ajuste de precios necesarios para asegurar el cumplimiento de este principio. Si se rompe esta igualdad por causas no imputables al afectado, procede su restablecimiento (artículo 27, ley 80 de 1993).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se introducen en los pliegos la estimación y tipificación (cualificación y cuantificación) de los riesgos previsibles, así como su publicación. Por tanto, los estudios previos a cargo de las entidades estatales deben contener elementos y criterios de calidad para evitar el incumplimiento de este principio.

La estimación y tipificación de riesgos se hace de manera conjunta –entidades contratantes y proponentes– así como la revisión y el ajuste –previos al cierre del proceso–. De esta manera, las partes advierten los riesgos probables durante la ejecución del contrato con el propósito de efectuar reclamaciones posteriores.

Para la elaboración de estudios de prefactibilidad (estudios previos), es necesario tener en cuenta la administración, los imprevistos y las utilidades del contrato (AIU), que corresponde al factor de remuneración del contratista sobre el valor total del contrato y comprende los gastos en que incurre por la ejecución misma del contrato (administración), un porcentaje para los riesgos que puedan presentarse (imprevistos) y la justa utilidad a que tiene derecho el contratista por la ejecución de la labor.

Así, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos que pueden llevar a causales de ruptura del equilibrio económico y afectar el proceso contractual –y que se contemplan dentro de los previsibles– pueden estar relacionados comúnmente por concepto del personal subcontratado, el tiempo requerido para el desarrollo de actividades y hechos o actos provenientes de la administración del contrato o imprevistos fuera de éste.

En general y en consideración a los principios hasta aquí desarrollados, las entidades estatales responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas que perjudiquen a los contratistas. Además, responderán cuando den a conocer licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones, estudios previos y evaluaciones, o cuando éstos hayan sido elaborados de manera incompleta o confusa, hecho que conlleve a interpretaciones equivocadas o decisiones a favor de intereses particulares.

Como conclusión, se puede inferir que estos principios son interdependientes y transversales a todo el articulado en materia de contratación, porque los fines del Estado se logran cuando existe integralidad normativa.

Finalmente, el Consejo de Estado. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. 31 de enero de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01), ha expresado que al administrador público el cumplimiento de los “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. Los requisitos son, entre otros, la existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; los estudios de conveniencia del objeto a contratar; las autorizaciones y aprobaciones necesarias para la contratación; estudios,

diseños y proyectos que sustenten el pliego de condiciones; reservas y compromisos presupuestales; etc.

Por su parte, el principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad.

En íntima relación con el principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual

...la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa”. Así las cosas, “tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas.

Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.

CAPÍTULO 2

Enfoque y aplicación que se le da al principio de selección objetiva con relación a los contratos interadministrativos

Cuando se habla de contratos interadministrativos y convenios interadministrativos, se hace de imperativo orden observar la característica de interadministrativo de un convenio o un contrato, que se refiere a la calidad de las partes, es decir, ambas deben ser de naturaleza pública, siendo ese el fundamento por el cual el ordenamiento jurídico colombiano les otorga un tratamiento distintivo que excluye frente a las relaciones jurídico negociales, la necesidad de acudir al trámite de la licitación pública, y permite la contratación directa para la materialización de esas especies, tal y como lo consagra el artículo 24, numeral 1º, literal c, de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, se debe tener en cuenta las siguientes características de uno y otro, así:

Característica	Convenio interadministrativo	Contrato interadministrativo
FUNDAMENTO	Constitucional: artículo 113 de la Constitución Política, inciso 3º; 95 de la Ley 489 de 1998	Acuerdo de voluntades. Artículo 24, numeral 1º, literal c, de la Ley 80 de 1993
DEFINICIÓN	Un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, es decir, que son aquellos utilizados para cumplir los fines Constitucionales y Legales que les compete a las entidades estatales. La colaboración institucional en procura de un interés general es lo que caracteriza a los convenios interadministrativos. Los convenios interadministrativos se distinguirían de los contratos interadministrativos en que en los primeros las partes tienen intereses comunes para lograr el cumplimiento de una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la Ley sin que por ello	Contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares” si estamos frente a un acto jurídico generador de obligaciones con regulación de intereses opuestos (particulares o unilaterales) estamos haciendo referencia a un contrato Los contratos interadministrativos se distinguirían de los convenios interadministrativos en que en los primeros por regla general

	se reciba ningún pago o ventaja económica.	hay entre las partes intereses opuestos y buscan perseguir una retribución o pago
	Se rigen por la contratación directa, siempre que exista relación directa entre las obligaciones del negocio y el objeto de la entidad ejecutora, y no obstante esa discrecionalidad, la misma no significa que las entidades que acudan a esas formas de contratación “no estén obligadas a preservar los principios de la contratación administrativa y de la función administrativa en general y en especial el deber de selección objetiva”	
		En los contratos interadministrativos, las entidades estatales deberán tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar ‘el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial el deber de selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993’.

Tomado de: http://www.sena.edu.co/acerca-del-sena/naturaleza-juridica/normatividad/Lists/Projectodenorma/proy_man_conven_2014.pdf

Ahora bien, la Corte ha señalado acerca de la contratación directa en los contratos o convenios interadministrativos, al revisar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que la potestad de contratación directa se debe ejercer de una manera estricta y con sujeción al reglamento de contratación directa consignado en el Decreto 855 de 1994, (vigente), cuyas disposiciones, conforme al parágrafo del artículo 24 de la Ley 80, precisamente, buscan dar garantía y desarrollar los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva establecidos en el Estatuto Contractual.

Esto implica que de ninguna manera puede asumirse que la contratación directa es sinónimo de discrecionalidad absoluta o de arbitrariedad y así lo han reconocido, de manera uniforme, la jurisprudencia y doctrina nacionales.

El consejo de Estado ha reiterado en sendas sentencias, se ha referido a la contratación directa consagrada en la Ley 80 de 1993, diciendo se entiende como aquella que celebran las entidades estatales en los casos estrictamente señalados, sin necesidad de acudir a realizar previamente licitación o concurso y hace más simple y breve el trámite de contratación, sin embargo, debe tener en cuenta los principios que la Ley ha dispuesto para la licitación o el concurso. (Corte Suprema de Justicia. SP8786-2015 Radicación N° 38464. (Aprobado Acta N° 234) M.P. Eugenio Fernández Carlier. 8 de julio de 2015).

El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, constituye uno de los más importantes principios de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como quiera que persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad.

Para garantizar los principios y valores constitucionales, la selección objetiva compromete y se ajusta a los parámetros que la Ley determina como en los requisitos de la convocatoria y el proceso de licitación. Estos son, primeramente, la elaboración de una propuesta pública que contenga los presupuestos y exigencias a los que los llamados deberán sujetar sus ofertas de manera objetiva, justa, clara y completa que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia transparente y eviten las declaratorias de desierta de la licitación. Se precisarán las condiciones de costo y calidad de

los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato de conformidad con el artículo 24 numeral 5, en armonía con los artículos 25 numeral 3 y ss.; 26 numerales 1 y 3, 29 y 30 numeral 2, entre otros, de la Ley 80 de 1993. En general referidos a todos los aspectos que los ofertantes deben conocer y la entidad valorar en orden a garantizar la mejor escogencia. (Consejo de Estado. Sentencia 29942 de 2015. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. 30 de julio de 2015).

No en vano en el capítulo anterior, se realizó una revisión de los principios constitucionales y de la función administrativa que se deben observar para garantizar que los procesos contractuales se realicen de manera transparente con observancia y respeto de cada uno de ellos. Como se ha podido mostrar a lo largo del presente escrito, todos estos principios interactúan entre si y su estrecha relación hacen que las entidades estatales no los pasen por alto por cuanto su inobservancia genera responsabilidades que van desde el orden civil, penal y de responsabilidad patrimonial.

CAPÍTULO 3

Contraste del principio de selección objetiva en los contratos estatales, frente a la figura de los contratos interadministrativos

En Colombia la realización de un convenio o contrato interadministrativo puede hacerse mediante contratación directa, pero, ello no quiere decir que los funcionarios que intervienen en dicho proceso estén exonerados del respeto por el deber de selección objetiva y de los demás principios inherentes a la contratación estatal, como quiera que no se deben desconocer, porque al desconocer estos principios surge el delito, y con él, aparecen las responsabilidades, entre ellas las de orden penal, por no observarlos.

La contratación directa no se puede convertir en una discrecionalidad absoluta y mucho menos rayar con la arbitrariedad, por cuanto debe atender a los preceptos legales y constitucionales que rigen la Contratación Estatal.

A partir de lo anterior, se hace necesario revisar dentro de la normatividad del ámbito de la contratación estatal colombiana, cómo se desarrolla el principio de selección objetiva, frente a los procesos de contratación Estatal y cómo lo hace frente a los contratos interadministrativos.

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, define la regla general de los procesos de contratación en cuanto a la selección del contratista que desarrollará el objeto contractual resultante. Dicha norma es muy clara en establecer que la escogencia del contratista se efectuará de conformidad con las modalidades de selección sean éstas, de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

El mismo texto normativo contempla, entre el catálogo de excepciones a la selección objetiva, la celebración de los contratos interadministrativos.

Por su parte, el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, modifica el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de manifestar que la contratación directa solo será procedente siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Pero, a pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos. (Corte Constitucional. Sentencia C-671/15. M.P. Alberto Rojas Ríos. 28 de octubre de 2015).

El artículo 76 del Decreto 1510 de 2013 establece que es la Contratación Directa, la modalidad de contratación entre las entidades del estado.

Además, se hace ver que el contrato interadministrativo no fue objeto de regulación en la Ley 80 de 1993 y solamente, vino a ser reglamentado como una excepción al principio general de selección objetiva de contratistas de conformidad con lo dispuesto en el literal c del numeral 4 del Artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Con relación a la selección del contratista, la administración, como no puede acudir al artículo 24 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, por estar derogado, entonces acude a las normas para determinar el procedimiento de selección aplicable para la celebración de contratos y convenios interadministrativos. Pero, la Ley 1150 de 2007, dice que dicha selección se debe realizar utilizando la regla general, es decir por Licitación Pública, sin perjuicio de las

excepciones que ese mismo artículo señala, entre las cuales se encuentran los “contratos interadministrativos”.

No debe perderse de vista que en los eventos en que el régimen de la ejecutora, no sea la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos, estará sometida, de todas formas a la Función Administrativa (art. 209 de la Constitución), al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, salvo que se trate de instituciones de educación superior públicas, en tal caso se actuará de conformidad con las normas específicas de contratación de esas entidades.

Cuando la entidad estatal requiera subcontratar algunas de las obligaciones que se derivan del contrato principal, no podrá, ni ella ni el subcontratista vincular personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de estudios previos, diseños, proyectos, que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. Se exceptúa de la figura de contrato interadministrativo a los contratos de seguro de las entidades estatales.

En el libro Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos, escrito por Jorge Enrique Santos Rodríguez, y publicado en la el enlace: revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2592/2231, se destacan siete reglas para determinar el procedimiento de selección aplicable para los casos en que los dos extremos de la relación jurídico-negocial sean administraciones públicas y, en particular, para efectos de determinar en qué casos y con qué límites procede la aplicación de la figura de la contratación directa:

1. A pesar de que la norma se refiera a los “contratos interadministrativos” de forma expresa, ello no quiere decir que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a los contratos y no a los convenios, pues ello llevaría al absurdo de pensar que un convenio,

cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de licitación pública, en el cual sólo será proponente la administración interesada.

En otras palabras, la causal de contratación directa que venimos comentado es aplicable tanto a convenios como a contratos interadministrativos, para cuya aplicación deben tenerse en cuenta, obviamente, los demás requisitos señalados en la norma.

2. El procedimiento de contratación directa sólo es aplicable al caso en que las prestaciones a cargo de la entidad que funge como ejecutora del negocio y el objeto mismo del contrato o del convenio celebrado tengan una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, el cual deberá estar señalado en el correspondiente acto de creación o sus reglamentos.

Este requisito constituye, sin duda alguna, un requisito de validez del respectivo contrato o convenio interadministrativo, en la medida en que atañe a la capacidad de las partes del negocio, el cual, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, constituye un requisito para obligarse válidamente.

Sobre el particular, debe señalarse que dicho requisito es más que obvio, pues no debe olvidarse que se trata de negocios celebrados entre personas jurídicas públicas u órganos públicos con capacidad de contratación, los cuales se rigen por el principio de la especialidad, esto es, por la idea de que su capacidad se encuentra limitada por el objeto de la respectiva persona u órgano. En ese orden de ideas, ni la persona pública ni el órgano con capacidad de contratación podrían celebrar válidamente un contrato o un convenio cuyo objeto no tuviera relación directa con su propio objeto social.

En este sentido, debe concluirse que ni siguiendo el procedimiento de licitación pública ningún otro procedimiento de selección de contratistas, podría celebrarse un contrato o un convenio interadministrativo cuyo objeto no tuviera relación directa con su propio objeto social, pues ello implicaría un desconocimiento directo del artículo 1502 del Código Civil en el sentido de que la capacidad es un requisito para obligarse válidamente.

3. No se aplica el procedimiento de contratación directa, sino el de la licitación pública o la selección abreviada, según el caso, los contratos de obra pública, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública, cuando una universidad pública sea la ejecutora.

Sobre este punto, debe hacerse notar que a pesar de que de la pobre redacción que trae el literal c transcrito podría deducirse que la regla de que debe haber correspondencia entre el objeto del contrato y el objeto de la entidad ejecutora no se aplica a las universidades públicas, el inciso segundo del artículo 78 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario del literal c, corrobora la interpretación expuesta, la cual, por demás, es la que mejor corresponde con la lógica en que fue expedida la Ley 1150 de 2007.

En todo caso, de considerarse que la exigencia que trae la ley es lógica frente a los contratos de obra pública y suministro, puesto que ellos constituyen los típicos casos en los cuales las universidades resultaban ejecutando labores que no eran propias de sus funciones, con la consecuente elusión de los procedimientos de selección públicos, que fue el problema que precisamente se pretendió atacar con la expedición de la Ley 1150 de 2007.

No obstante, no parece lógico incluir dentro del listado de contratos que no pueden ser celebrados directamente con universidades públicas, a los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, pues en esos casos, tratándose de actividades constitucionalmente reguladas por el Estado, es evidente que las universidad públicas no podrían ser las ejecutoras,

en la medida en que no son entidades de carácter financiero autorizadas por el Estado para prestar servicios fiduciarios, como bien lo exige el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En ese orden de ideas, si lo que se quería era que las universidades públicas no celebraran contratos de fiducia pública y encargo fiduciario para el manejo de dineros de otras entidades públicas, otra debió ser la redacción de la norma, para evitar el equívoco señalado.

4. Cuando la entidad que funge como ejecutora del contrato o convenio interadministrativo no se encuentre sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la ejecución del respectivo negocio jurídico interadministrativo debe respetar los principios constitucionales de la función administrativa y la gestión fiscal, el deber de selección objetiva y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, lo cual viene a confirmar la regla señalada en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En relación con esta regla y con lo dispuesto el segundo inciso del literal transcrito, de conformidad con el cual las universidades públicas no deben someterse a los principios y reglas mencionados, debemos señalar que dicha exclusión debe entenderse en el sentido de que el sometimiento no debe hacerse en los términos del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, sino que debe garantizarse el cumplimiento la imparcialidad en la selección del contratista y la ausencia de limitantes a la capacidad, en los términos de la normatividad especial de las universidades.

No resulta lógico desde ningún punto de vista que se excluya a las universidades de la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa, en la medida en que ellas, a pesar de su autonomía y régimen especial, continúan siendo una expresión de la administración pública.

5. No es posible celebrar directamente contratos de seguro interadministrativos, como ya lo había señalado el artículo 24 (núm. 1), según la tradición inaugurada con la Ley 45 de 1990. Este contrato, por ser típico del sector financiero y por realizarse en competencia con particulares, implica una selección pública y concursal del contratista, sin perjuicio de aplicar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, cuando las características del negocio lo permitan. En igual sentido, del artículo 32 (núm. 5) se deduce que los contratos de fiducia pública y de encargos fiduciarios deben celebrarse observando el procedimiento de la licitación pública, es decir, que respecto de estos contratos no puede aplicarse, en principio, la figura de la contratación directa.

Podrá utilizarse este mecanismo, de conformidad con el literal f del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, cuando se trate de contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000, y cuando se trate de excedentes de tesorería de las entidades estatales, los cuales pueden ser invertidos directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007.

6. Aun cuando se trate de contratación directa, resulta obligatoria la observancia de los principios de la contratación administrativa y de la función administrativa en general, y es especialmente importante aplicar el deber de selección objetiva, puesto que todos ellos son zona común de la contratación estatal, como bien lo corrobora el parágrafo del artículo 2.º del Decreto 2474 de 2008, norma reglamentaria de la Ley 1150 de 2007.

7. No existe obstáculo legal alguno para que se celebre un contrato o un convenio interadministrativo mediante una licitación pública, una selección abreviada o un concurso de

méritos, en la medida en que por medio de dichos procedimientos pueda asegurarse de mejor manera la selección objetiva del co-contratante de la administración.

Al respecto, debe recordarse que lo que hace interadministrativo a un contrato o a un convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de las partes. De esta manera, la aplicación de las diversas consecuencias del carácter interadministrativo de un negocio jurídico no depende del procedimiento de selección aplicable, sino de que las dos partes de la relación jurídico-negocial sean administración pública. (*Jorge Enrique Santos Rodríguez*. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. Julio de 2008).

Ahora bien, la regla general para la selección de contratistas determina que la convocatoria pública se realice a través de licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, de forma excepcional el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades estatales no acudan a la regla general, sino por el contrario a la contratación directa, de carácter especial y de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales determinadas en el artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007.

En la práctica, escoger el contratista por ésta modalidad de selección, no cumple con la garantía de pluralidad de oferentes.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El Derecho Administrativo se configura como el conjunto de normas que organizan la estructura administrativa del Estado y su accionar jurídico frente a las personas naturales y jurídicas que conforman el Estado y de las instituciones que la conforman. Además, sustenta y fundamenta su actuación en dos principios sustanciales que son la Legalidad y la Discrecionalidad.

El principio de legalidad limita y habilita a la Administración Pública para la manifestación de su voluntad, más para este caso, el criterio de selectividad no ha sido desarrollado por la norma positiva ni la norma adjetiva por lo que estaríamos frente a una vulneración del principio de legalidad.

Así mismo, el principio de legalidad no solo conlleva la facultad de actuar en relación a la norma jurídica, sino que también para la actuación por parte de la administración pública, esta norma debe encontrarse estrictamente limitada en su forma de aplicación, a lo que se debe concluir que el criterio de selectividad no se encuentra debidamente limitado por lo cual se hace inaplicable dicho régimen y por lo tanto, el criterio de selectividad.

Respecto a la discrecionalidad, en la realidad es inaplicable el criterio de selectividad sino existe como tal un proceso de selección, lo que realmente existe la Contratación Directa en las entidades administrativas.

La discrecionalidad técnica no puede basar su actuación en la libre elección de oferente por lo que la discrecionalidad técnica en materia de contratación pública, prácticamente es nula, por lo que el criterio de selectividad no puede fundarse en la elección de un solo contratista, sino que debe fundarse técnicamente esa selección.

El contrato administrativo debe ser entendido como un instrumento jurídico utilizado por el sector público Nacional para realizar su Función Administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y directamente esa misión y/o la conveniencia en la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma, quedando regulado por un régimen jurídico mixto en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas con normas de Derecho Privado e Internacional.

Así las cosas, la noción de contrato administrativo debe ser unificada bajo una misma idea que tipifica su estructura contractual básica: estar al servicio de los órganos del Sector Público nacional para que materialice la función administrativa, conservando sus naturales diferencias.

Propuestas

Se debe respetar la selección objetiva en contratos interadministrativos, aun cuando la realización de un convenio o contrato interadministrativo pueda utilizar como modalidad de selección la contratación directa, esto no significa que quienes intervienen en su trámite, es decir, los funcionarios, estén exonerados de respetar el deber de selección objetiva y los demás principios inherentes a la contratación estatal, pues si los desconocen incurren en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así mismo, se precisa que la contratación directa no es sinónimo de discrecionalidad absoluta o arbitrariedad, ya que también debe atender a los principios de transparencia, economía, legalidad y responsabilidad y el deber de planeación.

En Colombia, la Contratación directa no cumple con el parámetro de la selección objetiva, por lo que tampoco se cumple la pluralidad de oferentes.

ENFOQUE METODOLÓGICO

El presente trabajo se fundamentó en el paradigma Socio-Crítico con enfoque: Socio-jurídico. El tipo de investigación es de Descriptivo-analítico de corte interpretativo, basado en consulta bibliográfica.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina 2008.

Carbonell, Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, México 2005.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. Ediciones Alfredo Perrot, Buenos Aires – Argentina 1998.

Cassagne, Juan Carlos. Artículo titulado Las Relaciones Inter-administrativa. Publicado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649249.pdf> (acceso 01/01/2013)

Cassagne, Juan Carlos: *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*. Publicado en la dirección web <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20arbitrariedad%20y%20el%20control%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf> (Acceso 17-02-2013)

Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Medellín – Colombia 2003.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa, México D.F. – México. 2007.

Vélez García, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo – Ensayo de Derecho Público comparado*. Editorial. Institución Universitaria Sergio Arboleda Segunda Edición santa Fe de Bogotá 1996.

Normatividad

Constitución Política de 1991.

Ley 1150 del 2007.

Ley 1474 de 2011.

Ley 1483 de 2011.
Ley 80 de 1.993.
Ley 819 de 2003.
Decreto 1082 del 2015.

Jurisprudencia Consejo Estado

Consejo Estado- Sala de Contencioso Administrativo- Sección Tercera, Subsección C.
Sentencia Octubre 2014, expediente 24.809. C.P Santofimio Gamboa Jaime Orlando.
Sentencia Marzo 2012, expediente 22471. C.P. Santofimio Gamboa Jaime Orlando.
Sentencia Agosto 2006. Radicacion-7664.