

LA FUNCION PÚBLICA Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACION ESTATAL
DE REGIMEN ESPECIAL

Estudio compilatorio sobre los principios de la función pública en los procesos de
contratación estatal de régimen especial

Presentado por:

PAOLA ANDREA HERRERA CORTES

Universidad Santiago de Cali

Cali, Valle del Cauca

Estudio compilatorio sobre los principios de la función pública en los procesos de contratación estatal de régimen especial

Estudiante: PAOLA ANDREA HERRERA

Tabla de Contenidos

1. Introducción

- 1.1 Descripción del problema.
- 1.2 Orientaciones metodológicas propias.
- 1.3 Objetivos de la presente investigación.
- 1.4 Justificación.

2. La Administración Pública.

- 2.1 La Función Administrativa y La Función Pública.
- 2.2 Conceptos de Interés General e Interés Particular.
- 2.3 Principios Constitucionales de la función Administrativa.

4. La Contratación Pública.

- 4.1 Fin de la Contratación Estatal.
- 4.2 Carácter instrumental del contrato estatal.
- 4.3 Régimen contractual de las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación.
- 4.4 Obligatoriedad de acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes.
- 4.5 Interpretación de la Constitución por parte de la Administración

5. Conclusiones.

6. Bibliografía.

1. Introducción

Es común escuchar hablar de ineficiencia y corrupción como características que definen la esencia de la administración, en especial cuando se aborda el aspecto relacionado con la contratación pública es esta una impresión colectiva, los procedimientos de contratación poseen graves dificultades para que su legitimidad no se encuentre muchas veces socavada por el accionar administrativo. La finalidad de esta investigación, de carácter primordialmente teórico, es presentar una visión de los procesos contractuales de aquellas entidades del estado que no se encuentran sometidas al Estatuto General Contratación por tener un régimen especial.

La propuesta de investigación se planteó en virtud a lo estipulado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 209 donde establece que la Función Administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, principios que a la luz de los procesos de contratación estatal podemos señalar como principios constitucionales; además observamos como una ley Estatutaria¹ que tiene el rango de norma constitucional, como lo es la Ley 80 de 1993, “Estatuto de Contratación” define en el Capítulo Segundo Los principios de la contratación estatal, de igual manera la Ley 489 de 1998 en el artículo 3 hace una referencia sobre el desarrollo de la función administrativa conforme a los principios constitucionales. De igual manera la Ley 1150 de 2007 que introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, en el artículo 14 hace referencia al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, sin embargo la Ley 489 de 1998 determina en el artículo 93 Régimen de los actos y contratos **Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto**

¹ la Corte Constitucional en Sentencia C-159 de 2004, M.P Alfredo Beltrán Sierra, estableció: “...La institución de las leyes marco, introducida en el ordenamiento constitucional colombiano con la reforma de 1968, persigue para determinadas materias, dada su complejidad y constante evolución, la colaboración del legislativo y ejecutivo, así: el primero, señalará al gobierno las pautas general dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación.....La expedición de toda ley marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decreto ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la Ley, decretos éstos que, por cierto, no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad”.

General de Contratación de las entidades estatales (Resaltado y Negras fuera de texto).

De esta manera observamos la aparente falta de coherencia entre lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 y lo reglado en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, frente a la contratación de las empresas industriales y comerciales del estado E.I.C.E. que se encuentran en competencia con el sector privado.

Pero podemos observar analizando la norma enunciada que el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 hace referencia respecto a *LOS ACTOS* que expidan las Empresas Industriales y comerciales del Estado (EICE) para el desarrollo de su actividad propia deben realizarse conforme a las disposiciones del régimen privado, pero respecto a *LOS CONTRATOS* que realicen en cumplimiento de su objeto deben sujetarse al estatuto de contratación.

De esta manera debemos definir **ACTO y CONTRATO** Para lograr aproximarnos a una claridad interpretativa: **ACTO**: Del latín *actus*, como la capacidad de llevar a cabo una determinada tarea.

En el ámbito de la **justicia**, un **acto jurídico** es un accionar voluntario y consciente

cuyo fin es establecer, modificar o extinguir **derechos** entre las personas jurídicas. De esta manera, supone una modificación del estado de las cosas a través del ordenamiento jurídico.

Siguiendo con la justicia, un **acto administrativo** es el acto jurídico que promueve una administración pública.

Características de los actos Jurídicos:

- 1- Es un hecho Humano (Director, Gerente, Representante legal, etc.)
- 2- Voluntario
- 3- Lícito
- 4- Fin Jurídico (Produce efectos legales)

Requisitos de validez de los actos jurídicos, artículos 1740 y 1741 C.C.:

- 1- Internos o de fondo
- 2- Externos o de forma.

Contrato: Contrato o convención - Expresa el Código Civil - es el acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es decir el nacimiento de obligaciones constituye el efecto propio del contrato.

Contrato Estatal, Definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”

Como podemos observar **contrato** podríamos catalogarlo como el género es decir contrato es un acto jurídico que produce efectos tal como lo define la Ley 80 de 1993, y **acto** como la actuación autónoma del administrador que puede establecer, modificar o extinguir derechos, es decir produce efectos jurídicos; las diferencias son claras el acto es el resultado de la voluntad del administrador sin acuerdo previo con un tercero pero que produce efectos legales, en cambio los contratos estatales con el resultado del consenso de voluntades del contratante y del contratista, el cual se traduce en derechos y obligaciones de las partes.

1.1 Descripción del problema

Es importante lograr determinar si efectivamente se aplican los principios de la función pública en los procesos contractuales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado E.I.C.E. que se encuentran en competencia con el sector privado, pero cuyo objeto social se describe en desarrollo de su actividad propia, es evidente que si por mandato constitucional la función administrativa está al servicio de los intereses generales, es claro que la totalidad de las entidades de naturaleza pública en materia de contratación deben cumplir con los fines constitucionales previstos sin importar su naturaleza jurídica.

De igual manera es importante lograr desentrañar si los intereses generales y los intereses particulares se encuentran armonizados o si por el contrario tienen orígenes y fines distintos, o inclusive si existen mecanismos de integración de los distintos intereses (Generales, Particulares, Públicos), para lograr determinar a que está encaminado el cumplimiento de la función administrativa cuando se trata de contratación estatal con regímenes especiales, o sea de aquellas Empresas Industriales y Comerciales del Estado que están en competencia con el sector privado.

Podemos preguntar si existe ambigüedad normativa respecto a los procesos de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado E.I.C.E. entre lo consagrado en la Ley 1150 de 2007 y lo establecido en el artículo 93 de la ley 489 de 1998?

1.2 Orientaciones Metodológicas propias

Esta investigación tendrá un carácter mayormente teórico que práctico. El esquema de análisis reconoce diferentes niveles de estudio, a saber:

Se tratará de definir el concepto de, *administración pública*, tarea particularmente difícil ya que en la bibliografía consultada en general existen disímiles tanto en sus funciones y autonomía. Realizando un reconocimiento de las diferentes posturas teóricas y doctrinarias sobre la esencia y los roles de la administración pública, teniendo en cuenta el recorrido histórico necesario para el entendimiento de las mismas. Sin esta perspectiva histórica, no podría entenderse el rol de los principios de función administrativa y su rol en los procesos de contratación de la administración pública entendida en beneficio del interés general y el interés particular en la complejidad que supone su contexto.

Esta propuesta de investigación es interpretativa y hermenéutica, se consultará información institucional del Gobierno nacional, Congreso de la República, Empresas Industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia con el sector privado, también se revisarán leyes, decretos y documentos CONPES, etc. y otras fuentes secundarias de información relacionadas con el campo disciplinar de “la Función Administrativa y los Principios de la Función Pública”, e información jurídica que permita un análisis y contextualización del problema planteado.

Además con la presente investigación de carácter cualitativa se intentara fundamentar teóricamente en las políticas públicas, concretamente en el enfoque del cumplimiento de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la constitución, con el objetivo de convertirse en un insumo útil para la toma de decisiones por parte de los servidores públicos, gerentes públicos o privados y ciudadanía en general en los procesos de contratación de estas entidades.

Planteados ya los niveles de estudio, es necesario remarcar las premisas metodológicas en las cuales se basa la presente investigación:

Es necesario partir de un análisis histórico en cuanto a lo que se entiende sobre la administración pública, que permita tener una visión más exhaustiva en relación a lo que se ha analizado del tema, para poder comprender la aplicación de los principios de la función administrativa.

Una vez comprendido el concepto y desarrollo histórico de la administración pública se desarrollaran los Principios Constitucionales de la función Administrativa, y el desarrollo que respecto a estos ha realizado la Corte Constitucional Colombiana hasta la fecha; realizando una precisión respecto a los considerados Principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Para llegar al régimen especial de contratación propia de las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación.

Para finalmente desarrollar el concepto de la contratación pública con la finalidad de conocer el objetivo la Contratación Estatal y el carácter instrumental del contrato estatal teniendo en cuenta la obligación de acatar el precedente judicial dictado por las altas Cortes y la Jurisprudencia Constitucional respecto a la interpretación de la Constitución por parte de la Administración.

1.3 Objetivos de la presente investigación

Generales

Explorar, estudiar, recopilar y analizar información bibliográfica ya sea tanto de libros como de revistas y documentos sobre la Administración Pública en el Estado moderno, tomando teorías universales y la posición jurisprudencial en el Estado Colombiano

Realizar una descripción sobre los Principios Constitucionales de la función Administrativa, y el desarrollo que respecto a estos ha realizado la Corte Constitucional Colombiana; distinguidos entre Principios finalísticos, principios funcionales y principios organizacionales.

Establecer si existe o no ambigüedad normativa respecto a los procesos de contratación de las empresas industriales y comerciales del estado E.I.C.E. que se encuentran en competencia con el sector privado respecto a lo consagrado en la Ley 1150 de 2007 y lo establecido en el artículo 93 de la ley 489 de 1998.

Desarrollar lo relativo a la contratación estatal y los fines que persigue además de la obligatoriedad de acatar el precedente judicial dictado por las altas Cortes y la Jurisprudencia Constitucional respecto a la interpretación de la Constitución por parte de la Administración.

Específicos

Desarrollar el concepto de Administración Pública, logrando un enlace entre lo definido como la función administrativa y la función pública, logrando desarrollar conceptos de Interés General e Interés Particular dentro de los procesos de contratación.

Definir jurisprudencialmente los Principios Constitucionales de la función Administrativa distinguiendo entre principios finalísticos, funcionales y

organizacionales como es el caso de la sentencia Corte Constitucional Colombiana C-561/99.²

Plantear lo relativo al régimen contractual de las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación, mediante un análisis a la constitución política y las leyes 1150 de 2007 y la 489 de 1998, respecto a la contratación de las empresas industriales y comerciales del estado E.I.C.E.

1.4 Justificación

Este proyecto de investigación resulta pertinente porque es evidente la necesidad de determinar el cumplimiento de los principios de la función pública por aquellas entidades que ejecutan recursos o dineros públicos sean estos del orden nacional o recursos propios, cuando las entidades se encuentran en competencia con el sector privado haciendo necesario el lograr determinar si la actividad contractual va encaminada a cumplir con intereses generales o intereses particulares.

Se debe dar claridad a las nociones de función administrativa y de función pública que de manera habitual suelen confundirse, debido a que es común dar la misma significación a ambos conceptos tratándose de dos nociones relacionadas pero diferentes, además es importante lograr dar o intentar dar claridad respecto a las nociones de intereses generales e intereses particulares teniendo en cuenta que la contratación estatal de aquellas empresas industriales y comerciales del estado que se encuentran en competencia con el sector privado, necesariamente no debe procurar cumplir con los intereses generales sino más bien con situaciones concretas y particulares.

2. La Administración Pública.

Cuando se define administración pública se está enunciando la existencia de una relación social desarrollada en un momento histórico teniendo como inicio la llegada de los regímenes constitucionales y la extinción del estado absolutista

Dentro de las definiciones de administración pública tenemos que es el conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro

² Dr. Alfredo Beltrán Sierra desarrolla en su ponencia lo referente a la FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios, objeto y control. El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.

de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Normalmente es regulada por el Derecho Administrativo³.

En sentido lato, administración pública es la actividad encaminada a acrecentar el poder del Estado y expandir sus fuerzas interiores al máximo; es decir, lo hace formidable. Constituye una capacidad que produce poder. En sentido estricto, administración pública es la actividad que desarrolla la vida asociada a través del orden, la seguridad y la subsistencia; es decir, auspicia la convivencia civilizada. Consiste en una capacidad que produce civilidad⁴.

Es así como La Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. Este concepto nos hace referencia a la escuela del comportamiento en donde el administrador logra que se hagan las cosas a través de personas.

La administración pública asume, como actividad básica, la armonización del funcionamiento de la sociedad civil como una atribución que se desprende del carácter que guarda, como unidad política de la propia sociedad dividida en clases; al mismo tiempo, sin embargo, la administración pública realiza el dominio político que traduce el imperio del capital sobre el trabajo, dominio que se desprende como una consecuencia del conflicto de clases. La administración pública, entonces, puede ser identificada como la acción del Estado en la sociedad, acción que lo hace presente por medio de múltiples y variadas actividades que pueden entrar en contradicción con la vida civil, que están sujetas a la lucha de clases y al movimiento constante del capitalismo universal, esto es, actividades políticas y administrativas que están de sí implicadas en el cambio social.

De esta manera podemos definir que la administración pública es una constante en el reconocimiento de su carácter disímulo - ciencia, disciplina, práctica o conjunto de destrezas que deben ejecutarse e incluso como institución fundamental -, cuyo propósito es impulsar el desarrollo de la sociedad.

³ <http://www.estuderecho.com/documentos/derechoadministrativo/000000997908c1305.html>

⁴ Omar Guerrero, Contemporáneo. La administración pública constituye la actividad del Estado que está encaminada a producir las condiciones que facilitan la perpetuación de la sociedad y crear las capacidades de desarrollo de los elementos que la constituyen.

Otra característica corresponde al cumplimiento de tareas extensivas a todos los ciudadanos, que es el gobierno en acción y que constituye la actividad organizadora del Estado en la sociedad. Sin embargo no tiene un denominador común que permita categorizarla de manera universal tanto por su objeto de estudio como por su método de investigación. Es aquí cuando empiezan a formularse planteamientos no siempre convergentes sino diversos e incluso encontrados.

Si se alude al pensamiento europeo del siglo XIX, es en Francia donde tiene lugar la formación de la ciencia de la administración pública. Su autor pionero es Juan Carlos Bonnín quien en 1808 escribe *Principios de administración*. Aquí la administración pública se plantea como una ciencia social, ya que los argumentos que la sustentan dan cuenta de su identidad autónoma, su objeto de estudio y su método de investigación.

La influencia de Bonnín llega a España y en 1842 Alejandro Oliván escribe *Idea general de la administración*. También fueron importantes las contribuciones del pensamiento alemán. Lorenzo Von Stein escribe *La teoría de la administración pública*. En México, en 1852 Luis de la Rosa escribe *De la administración pública en México y medios para mejorarla*. En esa obra ya se enuncia la dicotomía política- administración.

En el ámbito de las ciencias sociales, la administración pública es motivo de interpretaciones que generan polémica. A veces se la considera desde una visión introspectiva que resalta la importancia de los *procedimientos, las estructuras y los procesos*. También se resalta la importancia que tiene en y para la *toma de decisiones*. Otra interpretación asegura que la administración pública es un mero *instrumento de la política* con lo cual se desconoce su autonomía funcional para orientar, ejecutar y condicionar las políticas y los planes de gobierno.

Sin embargo, en una visión más acotada hacia el ámbito jurídico-institucional pueden encontrarse las siguientes interpretaciones⁵

En términos generales administración es gestión, un gobierno de intereses o bienes, es cuidado, atención de cosas, ejercicio o desempeño de cargo o empleo. La administración pública equivale a poder ejecutivo y tiene a su cargo el cumplimiento de hecho de los fines del estado. En otras palabras, la administración pública es poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos⁶

⁵ Apuntes para la Cátedra de “Derecho Administrativo I” de la Universidad Nacional de La Plata (1999)

⁶ La definición de administración pública la plasmaron Rivera Alonso & Mora Esteban en la obra “Derecho Administrativo y Procesal Administrativo”. Bogotá: Grupo Editorial Leyer 2007, P. 25.

En este orden de ideas, se distingue entre la Administración Pública desde el punto de vista “estático”, material, por referencia a los órganos de la administración, en sí mismos considerados, y la Administración Pública en sentido “dinámico”, subjetivo, por referencia al ejercicio de la función pública⁷

No hay duda de que la administración pública es una institución importante para situar el sentido, condiciones y papel del Estado. De acuerdo con esto, la administración pública es una institución de la cual la sociedad no puede prescindir. Sin embargo, cuando se analiza como objeto de estudio, se evapora generalmente su esencia social para dar paso a las explicaciones sustentadas en "racionalizaciones" seudocientíficas, afirmaciones imprecisas y prenociones intermitentes.

No obstante la administración pública es la vida misma de la sociedad, todavía se encuentra inmersa en un ambiente de incompreensión académica y debilidad conceptual. Se reconoce como la actividad inherente a la vida del Estado, pero en ocasiones se omite que es a la vez una institución pública. Sin desconocer su misión como actividad del Estado, también es responsable de salvaguardar, impulsar y desarrollar la vida pública de la cual la última forma parte.

Es frecuente que no se analicen los fundamentos sociales, políticos y públicos para entenderla en toda su complejidad institucional; esto es, como instrumento común, lo cual significa que atiende y da respuesta a problemas públicos y necesidades sociales⁸.

De esta manera podemos concluir que la administración pública está caracterizada por atributos propios del estado. Dicha administración, por principio, es una cualidad del Estado y sólo se puede explicar a partir del rol que cumple en la sociedad.

En este orden de ideas podemos decir que Administración Pública es un sistema que tiene por finalidad, dirigir, coordinar las actividades del estado hacia los objetivos que se han impuesto para el beneficio del país. Brooks Adams al dar una definición de administración dice que "Esta es la capacidad de coordinar muchas y con frecuencia antagónicas energías sociales en un solo organismo tan hábilmente que operen como una unidad".

⁷ Molina Arrubia, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Grupo Editorial Leyer, 1998, Págs. 11-13.

⁸ Christopher Hood y Michael Jackson, Op. Cit. Págs. 9, 10.

Es así como un crítico de la administración pública como lo es Muñoz Amato pone en tela de juicio muchos conceptos vertidos sobre el verdadero sentido de la administración pública él, luego de un largo análisis, llega a la conclusión que la administración pública es la fase del gobierno que consta de la ordenación cooperativa de personas mediante la planificación, organización, educación y dirección de su conducta,... para la realización de los fines del sistema público y luego concluye: la administración pública es pues, una división de la ciencia política y una de las ciencias sociales. Esto supone la facultad de reconocer una serie de relaciones entre numerosos intereses político - sociales, la totalidad de las cuales no puede reconocer íntimamente un individuo.

Por tal motivo la definición más cercana a la realidad jurídica moderna corresponde a la de Mosher y Cimino⁹ quienes encuentran tres características que la concretan y son:

Que la actividad administrativa pública del país es producto de la soberanía popular, por lo que los que se dedican a ella son servidores del pueblo.

Que existe una influencia recíproca entre el que hacer político y la administración.

Que el comportamiento administrativo con carácter público difiere de los demás comportamientos humanos en cuanto a que la acción administrativa es etéreo finalista, ya que se dirige hacia un fin general y no hacia intereses individuales como así lo es en el privado.

Coincidimos que, el punto de partida de todo estudio administrativo surge de un fin social y no de un fin individual porque la administración es el resultado del esfuerzo de grupo y no del esfuerzo individual. Pero los fines sociales, además de cambiar, lo mismo que los individuales son más amplios y generales, menos inmediatos y específicos que los que el individuo elige como meta de su propia conducta.

En otras palabras, la administración pública es un elemento de la realidad social convulsionada por sus limitaciones como es el caso nuestro, que actúa en tanto como fuente de oportunidades para diversos sectores sociales, ya sea como proveedora de servicios, contratista, productora de bienes, o como vínculo legal y de poder necesario para la realización de diversas actividades económicas, sociales, políticas y en las que la acción gubernamental es esencial. Y por ende su actuación será evaluada, juzgada y enjuiciada por los más variables sectores sociales que van desde los grupos de poder económico, la clase política y sus opositores; las reivindicaciones de empleados, obreros, campesinos, desocupados

⁹ MOSHER Frederick & CIMMINO Salvatore, *Elementi di Scienza dell'Amministrazione.*, Milán, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1960. Pgs. 20-22

y de los nuevos actores de la escena social; así como de las opiniones de los medios de comunicación; e inclusive, por la empleocracia.

2.1 La Función Administrativa y La Función Pública.

Se suele caer en la imprecisión de confundir la noción de Función Pública con la de Función Administrativa, siendo común dar la misma significación a ambos conceptos.

Cotidianamente cuando se habla de Función Administrativa se le denomina Función Pública, y viceversa. Tratándose de dos nociones relacionadas pero diferentes, debemos delimitarlos para poder reconocerlas claramente.

La Función Administrativa:

Es el conjunto de actividades destinadas a satisfacer los Fines del Estado, esto es, el bienestar general.

Estas actividades que orgánicamente se encuentran radicadas en la rama ejecutiva del poder publico aunque funcionalmente también se encuentra en las otras ramas (Legislativa y Judicial) del poder público.

En principio, se encuentran orgánicamente asignadas a la Rama Ejecutiva del Poder, y se desarrollan a través del Presidente de la República, la Administración Centralizada, Descentralizada por Servicios, Descentralizada Funcionalmente y Descentralizada Territorialmente.

El conjunto de estas actividades está compuesto por actividades tendientes a la ejecución de la Ley, reglamentación de la Ley, la potestad nominadora, los procesos de contratación, de policía para la preservación y conservación del orden público, control, súper-vigilancia y seguimiento a la actividad económica, el ahorro privado, las actividades societaria, bursátil, cooperativa, y de prestación de servicios.

En el caso que compete este estudio respecto al ejercicio de las actividades destinadas a satisfacer los fines del estado, se debe hacer énfasis en Los Procesos de Contratación, y al respecto tenemos que es una de las funciones que orgánicamente está en la Rama Ejecutiva, pero que funcionalmente también pueden estar en cualquiera otra de las Ramas. Ejemplo:

- Cuando el Congreso de la República compra el papel, no está ejerciendo una función legislativa sino está ejerciendo una actividad administrativa propia de la potestad de contratación del Estado.
- Cuando el Consejo Superior de la Judicatura compra computadores, no está ejerciendo función jurisdiccional, sino una de carácter Administrativo.
- Cuando la Procuraduría contrata conferencistas para capacitar a los empleados, no está ejerciendo una función de Control, si no está ejerciendo una función administrativa consistente en contratar una obligación de hacer.

Es así como en la rama ejecutiva, esta función administrativa, en principio, está en cabeza del Presidente de la República, quien celebra los contratos a nombre de la Nación. Sin embargo, la ley 80 de 1993, delegó esa función en Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidad Administrativa Especial, Directores de Establecimientos, empresas y sociedades de Economía Mixta y, en general, en todos los Jefes de Organismos y Entidades del Estado Colombiano del orden Municipal y Departamental. Estos son entonces, por Delegación de la Ley 80 de 1993 a quienes les corresponde Ejercer la Función Administrativa de la Celebración de los Contratos.

Es importante destacar lo enunciado por la Constitución Política Colombiana en el artículo 209 cuando establece que "...la Función Administrativa está al servicio de los intereses generales..." En este orden de ideas La Corte Constitucional en sentencia C-561/99 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra¹⁰ desarrollo conceptos claros como: (Función Administrativa, Descentralización, Desconcentración y Delegación).

La Función Pública:

Es el conjunto de normas, principios, instituciones, procedimientos, y trámites que regulan la relación entre el servidor público y la administración. Es decir, se refiere a la relación o el vínculo entre el Servidor Público y la Administración.

¹⁰ Corte Constitucional en sentencia C-561/99 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra "La posibilidad de delegación de funciones presidenciales que señale la ley, vista como un mecanismo del Estado, al cual puede acudir legítimamente el Presidente, se justifica en términos de eficacia y celeridad que propenden por el adecuado desarrollo de la función administrativa. Además, observa la Corte, que la delegación y desconcentración de funciones no se excluyen, por cuanto, como se dijo, el fin de estos dos mecanismos es el mismo: descongestionar los órganos superiores de la administración, para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos".

Constitucionalmente la encontramos regulada en el capítulo 2 del título V de la Carta Política, artículos 122 al 131.

El vínculo que une al Funcionario Público con la Administración puede ser de dos clases:

- *Vínculo Legal y Reglamentario: empleados o funcionarios.*
- *Vínculo Contractual y Laboral: trabajadores oficiales.*

En sentido lato, el concepto de Función Pública, abarca tanto el vínculo contractual como el legal y reglamentario, incluyéndose en la definición de Función Pública, tanto a quienes tienen la naturaleza jurídica de Funcionarios o Empleados, como a quienes tienen la naturaleza Jurídica de trabajadores Oficiales.

Ahora en sentido restringido, la Función pública es el conjunto de principios, instituciones, reglas y procedimientos que regulan la relación entre el Empleado Público o Funcionario Público con la Administración. Es decir, únicamente lo relacionado con la Relación Legal y Reglamentaria de una persona natural con la administración, y no la que tienen los trabajadores oficiales.

Ahora bien, el concepto de Función Pública, comparte con el de Función Administrativa los mismos principios de raigambre constitucional que regulan la relación entre los Servidores y la Administración. Esos principios como se ha anunciado anteriormente están consagrados en el Art. 209 de la Carta Política, que regulan la Función Administrativa; y hace referencia a los principios de economía, celeridad, transparencia, moralidad, publicidad, eficacia imparcialidad¹¹.

Esto significa en relación con la Función Pública que los Funcionarios o los Servidores, en su relación con el Estado, con la Administración (en relación con el vínculo que lo une con la Administración), deben siempre someterse a estos principios constitucionales.

Los Principios de la aquella son extensivos a ésta. Así se señala en la ley que orienta la Función Pública en Colombia, la Ley 909 de 2004 normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública, establece en su artículo 2 los principios de la función pública.

2.2 Conceptos de Interés General e Interés Particular.

¹¹ Corte Constitucional en sentencia C-561/99 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra – “El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.”

Interés General

La Función Administrativa está orientada hacia el servicio del interés general, siendo importante tener claro este concepto el cual tiene un carácter jurídicamente abstracto e indeterminado que en algunas ocasiones se puede llegar a confundir con el concepto del interés social el cual es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho¹².

Es importante por tal motivo tener presente que los términos “interés general” e “interés social” tienen connotaciones diferentes dentro del ámbito del derecho constitucional colombiano. En la reforma constitucional de 1936 se estableció una distinción entre interés general y social y se optó por incluir los dos conceptos como condicionamientos de los derechos de los particulares, en especial, sobre el derecho de propiedad privada.

El concepto de interés general es una cláusula más indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto. Entre tanto, el de “interés social”, que la Constitución actual emplea en sus artículos 51, 58, 62, 333 y 365, es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho (art. 1º). En tal medida, el apelativo de social le imprime una finalidad y un límite a la actividad estatal, determinando, específicamente, las condiciones dentro de las cuales los intereses económicos particulares son susceptibles de protección. Así, este conjunto de garantías que otorga el Estado implican, a su vez, una necesaria intervención social de su parte, que tiene como finalidad inmediata y directa y como límite constitucionalmente exigibles, el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas. En particular, de las menos favorecidas.

Ante esta situación la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido que es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos de la mujer, del niño, de los débiles, etc. El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 2001, M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia¹³.

En materia de Contratación Administrativa como bien lo advierte la doctrina especializada, el hecho de que el contrato estatal tenga como finalidad la defensa del interés general no significa que resulte ajeno a él o prohibido constitucionalmente que se diseñen formas jurídicas para defender intereses concretos. De hecho, a pesar de que es cierto que la generalidad de los contratos administrativos se realiza para satisfacer intereses difusos o colectivos y no para satisfacer el interés privado (concesión, obra pública, encargos fiduciarios), también lo es que excepcionalmente puede contratarse para hacer efectivos intereses privados (concesión de uso de dominio público) o para concretar beneficios grupales como parte del deber del Estado de salvaguardar los intereses de los sujetos de especial protección superior. Esos casos excepcionales no le quitan el carácter de derecho público ni desnaturaliza el interés que subyace al contrato estatal.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a los procesos de contratación administrativa como finalidad a la defensa del principio del interés general no sólo en procura que constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron¹⁴.

En efecto, el contrato público pretende la efectividad del interés general que representa el cumplimiento de los fines del Estado, ceñido a lo dispuesto en el Preámbulo de la Constitución Política, siendo un fin del Estado asegurar a los integrantes el trabajo, la igualdad, la vigencia del orden económico y social justo. De igual manera, los artículos 1° y 2° de la Constitución dejan en claro que la materialización de las funciones del Estado deben dirigirse a servir a la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 5° de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona. De esta forma, la filosofía humanista de la Constitución que concibe al Estado como un mecanismo para concretar y hacer efectivos los derechos de las personas, se desarrolla en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, que señala como fines de la contratación pública:

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C- 932 de 2007 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

En consecuencia, es válido afirmar que una forma de concretar el interés general que debe regir la contratación administrativa debe estar encaminada a hacer efectivos los derechos de un grupo preciso de personas que requiere de la especial atención del Estado. Debido a que hace parte del interés general, que se diseñen medidas en la contratación administrativa dirigidas a proteger de manera específica a un grupo determinado de la población que puede acceder al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades respecto del mismo grupo, en tanto que esa decisión puede constituir una forma de consolidar los fines del Estado y el cumplimiento de las tareas a él asignadas.

Por tal motivo se puede afirmar claramente que constituye un objetivo de la contratación administrativa en el Estado social de Derecho la satisfacción de las finalidades públicas y el logro de los objetivos sociales, así estos se dirijan a un grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador.

Es importante tener en cuenta la estricta sujeción de toda actuación del servidor público en materia contractual al interés general y al cumplimiento de los fines de la contratación estatal, so pena de estar al límite de cometer una conducta con repercusiones penales, teniendo en cuenta la primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1 superior se constituye en el eje de toda actuación estatal.

En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.” Y el inciso segundo de esta misma norma, indica con claridad lo siguiente: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”¹⁵

Es así como el interés público implícito en la contratación estatal determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.

Interés Particular

El problema central en la discusión sobre los intereses generales radica en la inmanencia o trascendencia de estos respecto a los intereses particulares; pudiendo llegar a concluir que si bien los intereses generales y particulares son distintos, no son contrarios teniendo en cuenta que estos se armonizan espontáneamente para lograr satisfacer ambos intereses en algún momento dado.

La armonización de los distintos intereses particulares se logra por medio de mecanismos sociales que los transforman en intereses generales. Dichos mecanismos son la Concordia (Aristóteles, Tocqueville, Constant); la Utilidad (Bentham, Mill) y la Voluntad General (Rousseau).

Para lograr diferenciar estos intereses es necesario tener claro la distinción de interés público e interés general, tema que se trató anteriormente pero sin embargo es importante resaltar que el interés público sería el interés general trascendente, mientras que el interés general está constituido por los intereses inmanentes

2.3 Principios Constitucionales de la Función Administrativa.

Teniendo en cuenta y como se puede colegir de lo visto anteriormente la función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política.

Es así como se debe comenzar citando el artículo 209 de la Constitución Política, que establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones; de esta manera se definen:

PRINCIPIOS FINALÍSTICOS: Dentro de estos principios encontramos lo desarrollado en el numeral 2.1 del presente trabajo de investigación y que hacen referencia a la Función Administrativa propiamente dicha.

PRINCIPIOS FUNCIONALES dentro de esta categoría se encuentran los consagrados en la Constitución Política de Colombia en su artículo 209 y en la Ley 909 de 2004 en el artículo 2 lo cuales se definen de la siguiente manera:

Principio de Economía: El Servidor Público, deberá siempre buscar la protección de los bienes y dineros del Estado, evitando inversiones riesgosas que vayan a significar detrimento del patrimonio estatal, so pena de estar haciéndose responsable patrimonial, disciplinaria, fiscal y penalmente.

De otra parte, se busca que, en las actuaciones públicas, el Servidor Público, utilice el menor número de trámites y gaste o comprometa la menor cantidad de recursos estatales en el cumplimiento de sus actividades administrativas.

Principio de Celeridad; El Servidor Público, deberá en su relación con el Estado, ejecutar y tramitar los asuntos a su cargo en el menor tiempo posible, tomando oportunamente las decisiones sin demorar innecesariamente las actuaciones que le corresponden.

Principio de Eficacia: Todas las actuaciones que realice el Servidor Público deben estar orientadas al cumplimiento de los Fines Estatales.

Respecto al Principio de eficacia la Corte Constitucional¹⁶, expuso:

Jurisprudencia Principio de Eficacia: “Surgen obligaciones del postulado constitucional contenido en artículo 2º Superior, según el cual dentro de los fines esenciales del Estado está “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”. Con fundamento en esto, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado “principio de eficacia de la administración

¹⁶ Corte Constitucional sentencia T-733/09 MP. Dr. Humberto Sierra Porto. El principio de eficacia de la administración pública, impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo.

pública”, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos”.

Principio de Publicidad: Todas las actuaciones de los Servidores s son públicas y por lo tanto deben ser conocidos por todas las personas para que puedan ser sometidas al escrutinio, ningún acto puede ser considerado como reservado a no ser que la ley le haya otorgado tal carácter. Solo por expresa disposición legal, el acto tiene el carácter de reservado.

La jurisprudencia constitucional en este sentido se ha pronunciado inclusive en relación con los temas de las Empresas de Servicios, que habían argumentado que como sus actos estaban regidos por el derecho privado, entonces no estaban sometidos al conocimiento. La Corte Constitucional ha señalado que en las Empresas Publicas de Servicios, quienes ejecutan esos actos de todas maneras tienen la naturaleza de Servidores.

Principio de Imparcialidad: Todos los actos y actuaciones que realicen los servidores s, en relación con la administración, deben buscar el interés general, por tanto, no pueden buscar intereses personales, en provecho propio, o de un tercero. El único interés que debe orientar a los Funcionarios y Servidores es, la finalidad mediata de la función administrativa, esto es, el Interés General, so pena de estar esa actuación viciada por lo que se denomina Desvío de Poder.

Para garantizar este principio, la ley ha establecido las instituciones denominadas **Impedimentos y Recusaciones**, es una garantía contra la concentración de poderes, derivada de interacciones sociales o familiares, tendientes a brindarle al ciudadano reglas objetivas libres de consideraciones de orden subjetivo, esto es, el funcionario que se considere que tiene relación o interés en la ejecución de una determinada actividad, o que tiene un vínculo, un interés, o una relación con un tercero para la ejecución de una determinada actividad que está asignada a su cargo, tiene que declararse IMPEDIDO; y cuando un particular vea que un Funcionario Público tiene un vínculo, relación, o interés propio o de un tercero en un asunto, lo que tiene que hacer es RECUSARLO.

PRINCIPIOS ORGANIZACIONALES: Conceptualizados de manera clara por la Corte Constitucional en sentencia C-561/99 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones y se definieron como:

Descentralización: “En el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras

autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas”.

Desconcentración: “La desconcentración, hace relación a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura, es el de descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos”.

Delegación: “Para los efectos de la presente sentencia, es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución. Bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras, es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales. Ha de observarse, con todo, que dados los elementos propios de estos mecanismos para la realización de la función administrativa, la ley regula de manera específica los efectos que asigna a cada uno de ellos, en relación con el régimen propio de los actos objeto de delegación y desconcentración en la vía gubernativa”.

Es así como La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución Política en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.

Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación.

Delegación y Desconcentración: “La posibilidad de delegación de funciones presidenciales que señale la ley, vista como un mecanismo del Estado,

al cual puede acudir legítimamente el Presidente, se justifica en términos de eficacia y celeridad que propenden por el adecuado desarrollo de la función administrativa. Además, observa la Corte, que la delegación y desconcentración de funciones no se excluyen, por cuanto, como se dijo, el fin de estos dos mecanismos es el mismo: descongestionar los órganos superiores de la administración, para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos”.

Para concluir es importante tener en cuenta que la Delegación en materia contractual da origen al principio de coordinación administrativa debido que dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. De donde el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática. La función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada, responsabilidad por la que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en el sentido que al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación¹⁷

De esta manera está claro que la delegación no es un mecanismo para desprenderse del cumplimiento de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad (C.P., art. 209). Tampoco es admisible el extremo opuesto según el cual el delegante responderá siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad del delegante no es suficiente el artículo

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-372 de 2002 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

211 de la Constitución Política por lo tanto se hace necesario considerar otros principios constitucionales sobre la materia.

En este aspecto la Constitución Política consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular de la Función pública que le corresponda y al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios¹⁸.

Es importante tener en cuenta para efectos de responsabilidad en materia de contratación Pública que La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa.

4. La Contratación Pública.

¹⁸ En relación con los deberes funcionales del delegante, el artículo 211 de la Constitución señala que el delegante siempre podrá reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y reasumir la responsabilidad consiguiente. Por su parte, la ley 489 de 1998 prescribe que el delegante deberá informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de la delegación. Además, que la autoridad delegante puede en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario.

La contratación pública se define como: La actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés e-government procurement que a su vez tiene como sigla eGP.¹⁹

La Contratación Estatal tiene como fin general el de cumplir los postulados del Estado Social de Derecho, cuya naturaleza es prestar servicios a los asociados y garantizar el bienestar de la comunidad. En sentido particular, los contratos estatales tienen como finalidad suplir la necesidad específica, por consiguiente, la administración debe contar con los elementos de juicio necesarios para establecer la mejor forma de atender dicho propósito.

Es así como, contratante y contratista deben investir su proceder de pulcritud y lealtad, en aras de combatir la creciente corrupción, los intereses particulares, los procedimientos irregulares y la negligencia e ineficiencia administrativas. La consecución de este fin, tratándose de proyectos sociales en alimentación y nutrición, requiere contar con suficientes conocimientos legales, permeados de un ingrediente altamente humanitario, los cuales, al ser puestos al servicio de la comunidad, indudablemente contribuirán a la salvaguarda del interés general y la justicia social²⁰.

Los contratos Estatales son todo acto jurídico generador de obligaciones en el que una de las partes sea una entidad pública, cuya descripción o tipificación se encuentre en las normas civiles, comerciales, especiales o las previstas en el mismo cuerpo normativo. El Estatuto General de Contratación Ley 80 de 1993 determina cuales son entidades públicas, enunciándolas así: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías

¹⁹ Laguado R., (2004). Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. Londres. Edición original: Chevening Fellowship Award – United Kingdom. Disponible en: Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Banco de la República. Diciembre 9 de 2008.

²⁰ El tema del conflicto de interés ha sido asociado siempre con una pugna de intereses cuyo juicio y solución queda a merced de un individuo que por su posición tiene el poder de decidir entre el beneficio propio, el de su conglomerado o el de su cliente, es decir, en él está la decisión sobre qué es lo correcto frente a cada una de las situaciones que se le presentan. Ustariz, op cit, p 51, 56-58.

departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Es importante tener en cuenta que los contratos estatales son solemnes, esto significa que para su existencia deben cumplir unas formalidades y requisitos expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico. Las solemnidades especiales para algunas clases de contratos, establecidas en el derecho común, son en algunas ocasiones también aplicables a las entidades estatales. En este sentido la Ley 80 de 1993, consagra unos requisitos de **existencia, de ejecución y de legalización** en la forma misma de los contratos, que celebren las entidades públicas que conforman la administración pública.

El contrato estatal se encuentra debidamente **legalizado** cuando cumple con los requisitos de existencia, ejecución, y se publica en el SECOP o en el portal de Colombia Compra Eficiente.

A su vez, y dentro de los requisitos de existencia, para que exista el contrato estatal, este debe constar por escrito y suscribirse por las partes. Los contratos estatales deberán constar por escrito en cuanto a su valor, según las escalas contenidas en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

De lo anterior se infiere que si no ha mediado contrato firmado por las partes o no existe una orden escrita emanada de la administración para que el contratista ejecute determinadas obligaciones, de ninguna manera podría alegarse la existencia de un contrato estatal, dada la solemnidad que la Ley impone para que este tipo de negocios jurídicos puedan nacer a la vida jurídica, es decir, para que alcancen su perfeccionamiento o existencia, de tal manera que si un contrato estatal no ha cumplido con esta solemnidad que es un elemento esencial para su existencia, simple y llanamente no hay origen a obligaciones contractuales, por tal motivo no puede exigir su cumplimiento por parte del contratista o en su defecto exigir el contratista el pago de remuneración alguna por parte de la entidad estatal²¹.

Es importante tener en cuenta que el contrato estatal es, sin lugar a dudas, un contrato de aquellos que la doctrina califica como contratos *intuitu personae*, o contratos celebrados en razón a las calidades mismas de la persona con la que se contrata. En efecto, la Administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Es

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 29 de enero de 2009

más, se le impone un celo especial en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta²²

4.1 Fin de la Contratación Estatal.

Es importante tener en cuenta que el Estado en procura de satisfacer los intereses generales de los administrados y/o comunidad emplea la contratación estatal para satisfacer todas las necesidades de los mismos en cuanto a los deberes constitucionales que le atañen como estado, es así como el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado²³”.

Es importante tener en cuenta que por mandato legal y de conformidad a lo reglado en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas deba realizarse sobre las siguientes bases:

- la igualdad respecto de todos los interesados.
- la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas.
- la garantía del derecho de contradicción.
- la publicidad de las actuaciones de la administración.
- la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta.

²² Corte Constitucional, Sentencia C – 128 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Corte Constitucional Sentencia C- 713/09 MP. Dra. María Victoria Calle Correa

- la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. El cual corresponde en un comienzo al desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Es así como lo reglado en la Ley 80 de 1993, estructura un mecanismo jurídico apropiado para que la persona que va a contratar con el Estado reúna las condiciones y garantías que aseguren la obtención de las finalidades constitucionales que se vienen comentando: así, las normas relativas al registro único de proponentes buscan lograr que en él consten todos los aspectos y datos necesarios para que la Administración pueda conocer a los posibles contratantes. En ese orden de ideas, el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 indica en el registro único de proponentes que lleva la Cámara de Comercio, se hagan constar los hechos que permiten deducir la idoneidad moral, técnica y financiera del contratista, así como toda información adicional relativa a su experiencia. En una etapa posterior, dentro del contexto de la licitación o del concurso público, la entidad que va a contratar debe proceder a calificar las propuestas formuladas por las personas inscritas en el registro que han respondido a su invitación a concursar. Dicha calificación resulta de la comparación de las propuestas entre sí y con las condiciones prefijadas en los términos de referencia y en los correspondientes pliegos de condiciones²⁴.

Siendo así se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos mínimos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración.

4.2 Carácter instrumental del contrato estatal.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 128 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

El mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.

Es así como en virtud de la potestad de configuración del instrumento para adquirir bienes y servicios por parte de la administración el Congreso tiene la libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales, con el fin de procurar la integridad de los actores involucrados en los procesos de contratación, por tal motivo es importante acatar los principios constitucionales de la función administrativa expuesto a lo largo de este trabajo.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación.

Consecuencia del carácter instrumental de la contratación pública es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los procesos de contratación en su etapa precontractual de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción

a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista que le permitan cumplir cabalmente con el objeto contractual y sus actividades, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

4.3 Régimen contractual de las Entidades Estatales no sometidas al Estatuto General de Contratación.

Por regla General las Entidades Públicas Colombianas adquieren sus bienes y servicios adelantando procesos de selección de contratistas fundamentándose por regla general en el Estatuto General de la Contratación Pública constituido por las Leyes 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 más su reglamentación contenida en el decreto 1510 de 2013²⁵

Sin embargo el legislador ha marginado a ciertas entidades y a ciertas clases de contratos de la égida del Estatuto Contractual, en algunos casos en forma total, en otros en forma parcial, en otros haciendo algunas remisiones al articulado de la ley 80, en fin, varias modalidades que han llevado a señalar que existen regímenes especiales de contratación estatal.

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

De tal manera, que para exponer las normas que regulan los regímenes especiales de contratación estatales del País, debemos tener en cuenta que estos se encuentran divididos en dos, primero los relacionados con la naturaleza de las entidades estatales y segundo, respecto a la especie del objeto contractual que se pretende adelantar, en el caso que ocupa el presente trabajo de investigación se encuentra acorde con la naturaleza de la entidad estatal, tratándose de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) que se encuentren en competencia con el sector privado.

Sin embargo que una Entidad Pública contrate bajo las normas del derecho privado o por medio de regulaciones especiales donde se combinan atributos del

²⁵ SUAREZ B. Gonzalo. Estudios de Derecho Contractual Público, Bogotá D.C., Editorial Legis S.A., 2014. Pgs. 455-460

derecho público y del derecho privado no las aleja del mundo de lo público, teniendo en cuenta el deber constitucional y legal de la observancia de los principios de la gestión administrativa, el control fiscal y del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

“Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”

Es importante tener en cuenta lo establecido en la Ley 1474 de 2011 “normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”, en especial en el artículo 93 que modificó el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, quedando de la siguiente manera:

*“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales,** sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes (Subrayado y en negrillas fuera de texto)”*

Es importante tener en cuenta que Las empresas industriales y comerciales del Estado, fueron definidas por el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968, como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades

de naturaleza industrial o comercial de acuerdo a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley, y que reúnen las siguientes características: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y iii) capital independiente el cual se encuentra constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, con participación de capital estatal superior al 50%, se denominaron entidades estatales para efectos de la ley de contratación administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 1º, literal a).

La Ley 80 de 1993, estableció para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta un procedimiento de selección especial, más ágil y expedito como lo es el de la contratación directa, cuando requiriera celebrar determinada clase de contratos.

No puede pasar inadvertido, que con posterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, se expidió la Ley 489 de 1998, mediante la cual se determinó la estructura de la organización nacional, norma que aunque no es aplicable al asunto que se examina, si resulta útil para establecer el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto que su artículo 93 dispuso lo siguiente: **“RÉGIMEN DE LOS ACTOS Y CONTRATOS.** *Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales”.*

Los actos y contratos que realicen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad industrial, comercial o de gestión económica, se sujetarán a las regulaciones del derecho privado, pero cuando se refirió a los contratos que estas entidades celebran para el cumplimiento de su objeto, determinó que el régimen que las regularía sería el del estatuto contractual de las entidades estatales.

A lo anterior se agrega que el Parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, estableció que *“en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”*

A su vez, el Código de Comercio en su artículo 461 prescribe que *“son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”*

Armonizando las disposiciones de la Ley 80 con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el estatuto contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se adoptarán tales disposiciones, pero en lo no exceptuado, éstos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual.

Actualmente, la Ley 1150 de 2007, según lo dispuesto por el artículo 14, el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, es el previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa.

El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía mixta al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala²⁶, en *“la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores”*, de tal manera que *“...sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado. Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes...”*

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2004. Expediente 12.342. Actor: Sociedad Tronix Ltda. reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13414

El Régimen aplicable a estas entidades:

La normativa referente a la contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y, en general en las empresas con participación del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), está contenida en cinco disposiciones:

- El Art. 14 de la Ley 1150 de 2007
- El Art. 16 de la Ley 1150 de 2007
- El Art. 32 de la Ley 80 de 2009
- El Art. 93 de la Ley 1474 de 2011
- El Art. 63 del Decreto 1510 de 2013

Conforme a la anterior normativa, y respecto a este género de entidades, tenemos que existen unas entidades **exceptuadas** de la aplicación del Estatuto General de Contratación Estatal, estas entidades exceptuadas son:

- aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados,
- aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, es decir las empresas del sector defensa.

Estas entidades exceptuadas se registrarán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación.

Estas entidades exceptuadas, conforme a lo dispuesto por el Art. 14 de la Ley 1150, y siguiendo lo dicho por el Art. 13 ibídem, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

4.4 Obligatoriedad de acatar el precedente judicial dictado por las

Altas Cortes.

Respecto a la aplicabilidad del precedente judicial en las actuaciones administrativas, aspecto jurídico que debe tener en cuenta el operador administrativo respecto a los procesos de contratación.

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política²⁷

4.5 Interpretación de la Constitución por parte de la Administración

De igual manera la Corte Constitucional se pronunció en el sentido que las sentencias proferidas en su ejercicio constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho; en este sentido la jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 de la Constitución Política,

En este sentido podemos concluir que la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y además que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional, poniendo de relieve el deber

²⁷ Corte Constitucional sentencia C 539/11 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos, por tal motivo es obligatorio para los operadores de los procesos de contratación de las entidades estatales el aplicar la constitución y el precedente constitucional que sea proferido en este sentido por la Corte Constitucional.

En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido:

- La Constitución es la norma de normas.
- La interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 de la Constitución.
- Que la Corte Constitucional al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales.
- El nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en su jurisprudencia en el sentido que: “La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.” En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho²⁸.

5. Conclusiones.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 539 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Es así que el operador administrativo de las entidades estatales y encargado de los procesos de contratación debe tener en cuenta los intereses generales del estado desde antes de iniciar el proceso de contratación de la entidad, desde el instante de analizar las necesidades del ente estatal se encuentre este sometido al estatuto de contratación o por el contrario este sometido al régimen privado como es el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado EICE que se encuentran en competencia con el sector privado, para posteriormente publicar el plan anual de compras y/o el plan anual de adquisiciones; de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 “Reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, compilado en el Decreto 1082 de 2015 “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, plan que se convierte en un instrumento de planeación contractual de la Entidad Estatal, igual al plan general de compras al que se refiere el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción”.

Del mismo modo, se encuentra respaldo en el ámbito contractual de la administración conforme a los principios que para el efecto fijó el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuya fuerza jurídica no es solo de carácter legal sino constitucional, por ser claro desarrollo de la normativa superior. En el entendido que el mandato otorgado al Congreso de la República, en el artículo 150 de la Carta, para que dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.

Sin embargo la escasa planeación en los estudios de pre factibilidad (estudios previos – planeación contractual), poca capacidad de negociación, mecanismos inoperantes en la solución de controversias contractuales y debilidades en proceso de seguimiento son los principales problemas que afronta el Estado en materia de contratación.

Como lo sostiene el Dr. Álvaro Navas Patrón (Vice contralor General de la República), en la Revista Economía Colombiana de La Contraloría General de la República Edición No. 332. Bogotá. Imprenta Nacional. 2011. Pg. 91 cuando sostuvo: “En Colombia, en los dos últimos años, la opinión pública se ha visto sacudida por repetidos escándalos de corrupción y muy especialmente por aquellos vinculados a la contratación pública. El monto de los contratos, las modalidades de contratación, las vicisitudes de las licitaciones, el valor de los

anticipos, los sobrecostos, las adiciones, las cesiones y hasta las intervenciones de los organismos de control son mirados con suspicacia por una opinión escéptica y desconfiada. No escapa a la Contraloría General de la República el preocupante efecto deslegitimador que produce sobre las Instituciones la pérdida de credibilidad en ellas y el aumento de la desconfianza ciudadana”.

Además, en general, existe una clara tendencia al uso de los mecanismos de contratación de carácter excepcional, como son las declaratorias de urgencia manifiesta o la contratación directa, desvirtuando así la participación abierta y la igualdad de oportunidades que deben caracterizar los actos administrativos de este tipo, que se materializan a través de licitaciones y concursos públicos abiertos.

Existen las variables hipotéticas que los problemas en los procesos de contratación se presentan por una inadecuada aplicación de los principios de la función administrativa sea por desconocimiento del ordenamiento jurídico en la materia o por una aplicación inadecuada de los mismos por buscar el amaño en la adjudicación de los mismos, sea la modalidad de selección que se deba aplicar según el proceso de contratación.

De acuerdo con Yuri Gorbaneff “La contratación pública en Colombia es conflictiva, poco eficaz y eficiente; con frecuencia le causa daño patrimonial al Estado. El sistema legal colombiano no fue capaz de hacer eficiente ni transparente la contratación pública, que transcurre en un ambiente institucional caracterizado por los altos costos de transacción. La ley colombiana complica las cosas aún más con el principio del equilibrio económico de los contratos, que aumenta la contratación incompleta y dificulta el uso de los incentivos económicos para controlar el oportunismo de los agentes económicos. Los autores formulan la hipótesis de que el principio del equilibrio económico contribuye a aumentar la litigación en la contratación pública. Se hace la prueba empírica de la hipótesis.”²⁹ situación que se presenta de manera recurrente y es evidente ante los continuos hechos de corrupción detectados por los órganos de control en algunos procesos de contratación, algunos de renombre como es el famoso “carrusel de la contratación” que se presentó en la capital de la República durante el mandato del ex alcalde Moreno.

Se puede concluir que los escándalos de corrupción en algunos procesos de contratación celebrados entre las entidades estatales y particulares no son casos aislados, sino que el problema está en el marco legal que supone una racionalidad perfecta, una información completa y no tiene en cuenta el oportunismo de los agentes (entidad contratante – contratista).

²⁹Gorbaneff, Yuri. Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. Revista de Derecho No. 31. Revista de filosofía de la Universidad del Norte. p. 25. Bogotá. 2002.

Bibliografía

EXPÓSITO, Juan Carlos (2003). La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

GORBANEFF, Yuri. Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. Revista de Derecho No. 31. Revista de filosofía de la Universidad del Norte. p. 25. Bogotá. 2002.

LAGUADO R., Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. Londres. Edición original: Chevening Fellowship Award – United Kingdom. Disponible en: Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Banco de la República. Diciembre 9 de 2008.

MOLINA A, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda Edición, Grupo Editorial Leyer, 1998, Págs. 11-13.

MOSHER Frederick & CIMMINO Salvatore, *Elementi di Scienza dell'Amministrazione.*, Milán, Casa Editrice Dott. A. Giuffre, 1960. Pgs. 20-22

QUINCHE R., Manuel Fernando, *El Precedente Judicial y sus reglas*, Editorial Legis S.A. 2014, pgs. 25-27.

RIVERA Alonso, “Derecho Administrativo y Procesal Administrativo”. Bogotá: Grupo Editorial Leyer 2007, P. 25.

SUAREZ B. Gonzalo. *Estudios de Derecho Contractual Público*, Bogotá D.C., Editorial Legis S.A., 2014. Pgs. 455-460.

VIDAL P., Jaime. *Derecho Constitucional General e instituciones políticas Colombianas*. Bogotá D. C.: Legis S.A. (2014 -12ª Edición).

Jurisprudencia

El fraccionamiento de contratos desconoce el principio de selección objetiva y genera la nulidad absoluta. C.P. Dra. Olga Mélida Valle de La Hoz, Enero 31 de 2011. Radicación número: 17767

Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. C.P. Dr. William Zambrano Cetina, Mayo 19 de 2010. Radicación número: 1984.

En el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el reproche penal no se da por los inconvenientes, sino por no adoptar medidas para corregirlos. C.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Febrero 10 de 2010. Radicación número: 24850.

Celebración indebida de contratos por contrato verbal. C.P: Dr. Augusto Ibáñez Guzmán. Mayo 13 de 2009. Referencia: Proceso No. 30512.

Tratado del Consejo de Estado sobre evolución y estado actual del derecho al debido proceso en la contratación estatal. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Julio 25 de 2011. Radicación número 6217.

Sentencias de la corte constitucional:

Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992 M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Sentencia C 333 de 1996 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional Sentencia C 561 de 1999 MP. Dr. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 2001 M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional Sentencia C 892 de 2001 MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional Sentencia C-372 de 2002 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional Sentencia C 508 de 2002 MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C – 128 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional en Sentencia C-159 de 2004 M.P Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional Sentencia C- 932 de 2007 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Sentencia C- 713 de 2009 MP. Dra. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional Sentencia T-733 de 2009 MP. Dr. Humberto Sierra Porto

Corte Constitucional Sentencia C 539 de 2011 MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencias del Consejo de Estado:

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2004. Expediente 12.342.
Actor: Sociedad Tronix Ltda. reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13414

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sentencia del 29 de enero de 2009

Leyes

Constitución Política de Colombia

Ley 489 de 1989 “organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”

Ley 80 de 1993 “Estatuto de Contratación”

Ley 599 de 2000 “Código Penal”

Ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único”

Ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”

Ley 1150 de 2007 “Medidas de eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”

Decreto Ley 019 de 2011 “Ley Antitramites”

Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo”

Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción”