

ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE ENTIDADES TERRITORIALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

Cesar Augusto Lucas Ortegón¹

RESUMEN

La actividad contractual en Colombia es de naturaleza reglada, por lo tanto la objetividad es su principal característica. Si bien en otras ramas del derecho la aplicación de la norma se ha hecho más transversal al incluir otras fuentes como la costumbre y el derecho de los jueces al nivel jerárquico de la ley, en derecho administrativo no se ha dado este fenómeno de manera tan absoluta, en virtud de los principios especiales que lo rigen y que lo convierten en una rama sujeta manifiestamente a la norma.

Esta naturaleza reglada, ha obligado a los servidores públicos y a los particulares que ejerzan función pública a sujetar todas sus actuaciones, administrativas y contractuales, a aquello que la Constitución y la Ley les permitan. De allí que conforme al artículo 6 de la Carta, los servidores públicos respondan por infracción de la Constitución y la Ley y además por omisión y extralimitación en sus funciones. Sin embargo, algunas autoridades a nivel local han optado por apartarse de estas disposiciones en el ejercicio de la actividad contractual que desarrollan en uso de sus facultades y atribuciones legales, la cual, debería estar encaminada a asegurar la prestación de los servicios públicos, en función del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado, pero que en este contexto se tergiversa su finalidad en la transgresión de los principios y valores normativos que fundamentan el actuar de los servidores públicos

En el presente artículo se pretende aclarar esta sujeción obligatoria de las autoridades públicas al ordenamiento jurídico superior en ejercicio de sus facultades contractuales y en desarrollo de esta actividad, referenciando la normatividad que rige hoy por hoy la contratación pública en Colombia y los desafíos que enfrenta la aplicación de esta, en las entidades territoriales frente a la permisividad ciudadana y judicial que ha venido otorgando a los mandatarios locales facultades exorbitantes como la de constituir cajas menores, sin permiso legal para ello y destinar sus fondos al pago de contratos que no cumplen con los requisitos normativos para su validez.

PALABRAS CLAVE. Contrato estatal, legalidad, selección objetiva, transparencia, presupuesto público, principios, jerarquía normativa.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Docente Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Contacto- 3153429996. Email cesarlucaso70@hotmail.com

ABSTRACT

Contractual activity in Colombia is regulated in nature, therefore objectivity is its main characteristic. Although in other branches of law the application of the rule has become more transversal to include other sources such as the custom and the right of judges at the hierarchical level of the law, administrative law has not been given this phenomenon so absolutely, By virtue of the special principles that govern it and which make it a branch manifestly subject to the norm.

This regulated nature has forced public servants and individuals who exercise public functions to subject all their administrative and contractual actions to what the Constitution and the law allow them. Hence, according to Article 6 of the Charter, public servants respond for breach of the Constitution and the Law and also for omission and overstepping their duties. However, some local authorities have chosen to depart from these provisions in the exercise of the contractual activity they carry out in the exercise of their powers and legal powers, which should be aimed at ensuring the provision of public services, Of the general interest and for the fulfillment of the purposes of the State, but in this context its purpose is misrepresented in the violation of the principles and normative values that underlie the actions of public servants

This article seeks to clarify this obligatory subjection of public authorities to the superior legal system in exercise of their contractual powers and in the development of this activity, referring to the regulations that govern today public procurement in Colombia and the challenges facing the Application of this, in the territorial entities in front of the citizen and judicial permissiveness that has been giving to the local representatives exorbitant faculties like the one to constitute smaller boxes, without legal permission for this and to destine its funds to the payment of contracts that do not comply with the Requirements for its validity.

KEYWORDS State contract, legality, objective selection, transparency, public budget, Principles, normative hierarchy.

INTRODUCCIÓN

La actividad contractual es uno de los principales medios a través de los cuales las autoridades propenden por el cumplimiento de los fines del Estado, en tal sentido, los contratos celebrados por quienes desempeñan funciones públicas son el camino para la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, y persiguen la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Esta relevancia jurídica, la reviste -a la actividad contractual- de relevancia académica, en la medida en que constituye una base de estudio significativa tanto a nivel administrativo como a nivel contencioso, que resulta interesante para el funcionario público, para el abogado en ejercicio, para el estudiante de Derecho y

para el ciudadano común, ya que genera serias implicaciones en el ámbito social, político y económico del ser humano. Sin embargo, es en la actualidad, la trascendencia que tiene su intemperante violación de principios constitucionales y legales, aquello que la reviste de suma importancia.

La contratación estatal que tiene lugar en los municipios como entidades administrativas elementales, es la que auspicia las más básicas necesidades de los asociados, y el principal destino de los rubros presupuestales a nivel local; en tal sentido, es apenas lógico el interés por el estudio, análisis y control sobre estos, al entender que hoy en día se viene enfrentando a una serie de desafíos y artimañas, por los que se han inclinado los jefes de las administraciones locales, poniendo en riesgo el orden y la seguridad jurídica.

Con el presente texto, por tanto, se pretende establecer y hacer hincapié en la sujeción obligatoria a los preceptos constitucionales y legales, de la contratación pública en general y específicamente la que realizan los alcaldes municipales, mostrando las serias implicaciones que trae la desatención de estos, a través de ciertos resultados obtenidos en el estudio de la contratación pública en el municipio de Chiquinquirá Boyacá para la vigencia fiscal del año 2012, que, como se analizará, se desarrolla con plena infracción de los principios que rigen en Colombia esta materia.

Para tal efecto, se iniciará por establecer las generalidades de la contratación estatal en Colombia, las normas aplicables y los principios rectores de la actividad contractual, realizando un breve análisis de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En seguida, se hará especial mención a los principios de legalidad, transparencia y selección objetiva en relación con los retos que supone la creación ilegal de cajas menores en las entidades territoriales, siendo este el eje central del presente estudio. De manera que se dará prevalencia a los postulados y requisitos de la etapa precontractual, al ser, material y formalmente, la que dota de validez los actos jurídicos bilaterales de la administración.

Consecutivamente se realizará un análisis breve del caso en que el Municipio de Chiquinquirá ha comprometido la legalidad sobre las actuaciones arbitrarias en materia contractual, contando con la connivencia judicial y auto-atribuyéndose facultades que no le corresponden normativamente, al constituir cajas menores sin la facultad legal para hacerlo, y estableciendo su propio método de selección de contratistas para contratos derivados de estos fondos.

Por último, se presentarán unas conclusiones que exponen la razón de ser de la naturaleza reglada del derecho administrativo contractual, y la importancia de que éste se desarrolle con observancia plena de los preceptos constitucionales y legales para el efecto, en miras a preservar el orden jurídico y abolir la corrupción desde el ámbito local.

1 LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA. Nociones y principios.

La Contratación Estatal en Colombia tiene su columna vertebral en la Ley 80 de 1993, junto con sus decretos reglamentarios y las leyes que la modifican entre las cuales se destacan la ley 1150 de 2007, la 1434 de 2011 y los Decretos-Leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012. Así mismo la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, 1450 de 2011. Es necesario recordar que, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 surgió toda una familia de reglamentos dentro de los cuales, estaban el 006 de 2008, el 2474 de 2008, el 734 de 2012 y otros tantos decretos que en el 2014 desaparecieron del ordenamiento con la expedición del Decreto 1510 de 2013 y el 1082 de 2015.

Estas últimas normas han simplificado un poco el régimen que operaba con la el 734, sin embargo, dice el profesor Iván Darío Gómez Lee que “a pesar del esfuerzo para integrar normas del número de fuentes normativas surgen diversos y complicados problemas de conflicto de ellas o antinomias. Por tanto, la contratación está lejos de ser un escenario pacífico de normas armónicas y seguridad jurídica” también señala “nunca pensé que en un Estado social de derecho pudiera llegarse a incurrir en tantos excesos en la legislación y en el uso de la potestad reglamentaria. El exceso de las autoridades no se compadece con el sentir del constituyente de 1991 que plasmó el ideario de un estatuto único. Este rompecabezas de normas supera 155 fuentes, ello inhibe la finalidad de que el Estado tenga un orden jurídico, económico y social justo; ello nos aleja por completo de la “seguridad jurídica” que para el filósofo alemán Gustav Radbrush es la noble expresión: paz del derecho”. (2013 p.20)

La Ley 80 de 1993 es también llamada Estatuto General de Contratación Pública y está reglamentado básicamente por el decreto 1510 de 2013, como ya se dijo. Esta Ley, si bien fue denominada en el lenguaje de la Carta Política como un Estatuto, se trata realmente de una ley ordinaria, al carecer de requisitos tanto de materia como de formación, para poseer rango de Ley estatutaria, siendo importante resaltar para el efecto, que las leyes estatutarias regulan los derechos y deberes fundamentales, los asuntos políticos y electorales, la participación ciudadana y los estados de excepción únicamente.

Al respecto la Corte Constitucional expresó lo siguiente: “*para la Corte es claro que de la Constitución no resulta la identidad entre todo estatuto y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación en el artículo 152 ibídem, es taxativa*” (C.Const., C-633/1996)

La contratación estatal, de acuerdo al artículo tercero de la ley 80 tiene por finalidad, el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de sus fines.

Por tanto, la divergencia entre la contratación pública y privada es clara, en el entendido que en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo. La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil. (Escola, 1977). En esta medida, es la realización de los cometidos estatales como norte y motivación de los contratos, el factor que los identifica y los diferencia de los demás contratos regulados por el derecho en todas sus ramas. La idea de servicio público que se envuelve en los fines propios del Estado y el interés general del que se venía hablando.

En palabras de Santofimio Gamboa, “el servicio público rompe de una manera tan profunda la idea simple del contrato según los postulados del derecho civil que comienza a sostenerse como verdad jurídica del contrato administrativo la de su desigualdad por naturaleza: desigualdad a favor del interés general que implica todo servicio público”. (2004 p.30)

El contrato estatal, está consagrado en el artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Pública, el cual lo conceptúa como acto jurídico generador de obligaciones que celebran las entidades estatales, 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 en allí mismo: contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, contrato de fiducia pública.

Los artículos 39 y 40 por su parte, regulan la forma y contenido del contrato estatal respectivamente, advirtiendo que éste debe constar por escrito sin necesidad de que sea elevado a escritura pública, y con excepción de los que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Respecto del contenido se establece que las estipulaciones de los contratos serán aquellas, que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y administrativas, correspondan a su naturaleza y esencia.

En el mismo sentido, añade que “en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, **siempre que no sean contrarias a la**

Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”. (Art 40) [negrita fuera de texto]

El tema de contenido u objeto del contrato ha sido desarrollado abundantemente por la doctrina y la jurisprudencia, coincidiendo en que el objeto del contrato *debe ser cierto, determinado y lícito*. En este sentido, Dromi señala que es obligación que por él se constituye; obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, queridas por las partes. Al igual que todo acto administrativo, el contenido del contrato consta de tres partes; (i) natural, (ii) implícito y (iii) eventual. El contenido natural es el definitorio del contrato, intrínsecamente es lo que lo diferencia de los restantes contratos. No puede cambiarse porque sería cambiar su esencia. Su presencia es absolutamente necesaria. Aunque la administración denominara a un contrato diferente con lo que surge de su contenido, deberá considerarse error en la rotulación y estarse al contenido obligacional o natural del contrato. El contenido implícito integra el contrato aunque nada se haya establecido al respecto. Son disposiciones que implícitamente están incluidas en el contrato administrativo porque así lo dispone el derecho vigente, por tanto puede o no constar en el contrato, según lo estipulen las partes. Lógicamente el contenido del contrato debe conformarse a las reglas del derecho objetivo, Constitución, ley, reglamento, y a los principios generales del derecho público para ser válido y eficaz. Las cláusulas ilícitas caen por no tener validez y si se refieren a la parte esencial del contenido del contrato, este evidentemente es nulo. (Julio, 1978).

Conforme a lo expuesto, se evidencia la plena relevancia que se otorga a los principios y normas que rigen la contratación estatal, en todas las etapas del proceso contractual, como fundamento del actuar administrativo y que en adelante se analizará a profundidad.

2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En materia contractual, como en el derecho en general, los principios poseen vocación normativa, lo cual les da el carácter de mandatos, permisiones o prohibiciones que delimitan o exigen un determinado comportamiento.

La Jurisprudencia constitucional ha precisado que: *“los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una*

definición en el presente, una base deontológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden” (Corte Const. T-406/1992).

En Colombia, la actividad contractual pública está regida por principios de distinto orden que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico a nivel constitucional, legal, reglamentario y jurisprudencial, así como en ciertos aportes doctrinales, siendo el caso de los principios generales del derecho. A nivel constitucional el artículo 209 de la Carta política de 1991 consagra los postulados que rigen la función pública, al establecer que *las actuaciones de las autoridades deberán estar coordinadas para el cumplimiento efectivo de los fines del Estado* (C.N. Art. 209-1), lo que significa que los funcionarios deberán tener en cuenta en sus actuaciones la finalidad de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, así como los intereses generales y el funcionamiento eficiente y democrático de la administración. El artículo referenciado, enuncia los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como fundamentos de la función administrativa.

Adheridos a ellos se encuentran los principios generales del derecho administrativo dentro, de los cuales se enmarca el tan distinguido principio de legalidad, cuya importancia amerita un estudio más amplio en adelante. Y por supuesto los principios generales del derecho dentro de los cuales cabe mencionar, el principio de enriquecimiento sin justa causa y el *pacta sunt servanda*, que constituye para los tratadistas, la fuerza vinculante del contrato como fuente de obligaciones. (Medellín, 2013)

No obstante, la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en su artículo 23 regula de manera especial los principios de la contratación estatal estableciendo que *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad (...)”* (L 80/1993 Art.23). En igual sentido el artículo 27 adiciona el principio de ecuación contractual (Art 27 ibidem) y la Ley 1150 de 2007 el principio de selección objetiva en su artículo 5°. (L.1150/2007Art 5).

La importancia de los principios radica en su utilidad y aplicación ya que de acuerdo con la doctrina Constitucional están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración de ordenamiento jurídico.

En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, (...) los principios se convierten en guías hermenéuticas para decifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional.

Finalmente, los principios cumplen una función de integración, ya que asumen el rol de fuente formal de derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se pueden presentar en el devenir social. El ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a los operadores, y en especial, a los jueces, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a regular su comportamiento, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan. (CConst. C-818/2005)

Hacer mención de cada uno de los principios supondría un estudio mucho más amplio que abarcaría lo ancho y alto de toda una investigación jurídica sistemática, para efectos de este artículo, solo serán objeto de estudio los más relevantes y complejos, que, por esto mismo, son los más controversiales al momento de analizar la actividad contractual que desarrolla una entidad territorial como Chiquinquirá. Con lo anterior hago referencia específicamente a los principios de transparencia, selección objetiva y legalidad.

3 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y LA SELECCIÓN OBJETIVA

Según Libardo Rodríguez, puede decirse que “este principio consiste en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por los funcionarios como por ciudadanos interesados en la contratación” (2013).

Transparencia, por definición, quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y traslucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así pues, la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina.

Es por tanto, un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa

Una de las manifestaciones concretas de este principio, es pues un proceso claro y objetivo de selección de contratista de acuerdo las condiciones de cada caso y lo normado frente al particular, sin eludir tramites y etapas en los determinados procedimientos para tal fin.

El artículo 24 del Estatuto, como se refirió Vladimiro Naranjo en sentencia C-400 del 99, garantiza la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva del contratistas. Implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. Las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

En virtud del mencionado principio de transparencia, el artículo 24, (...) entre otros requerimientos exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimiento de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada. (Contratación de la Administración Pública p 113 y 114...) (CConst C-400/1999)

El principio de transparencia cobija entonces, esta actividad en sus etapas, precontractual, contractual y postcontractual, pero más específicamente a la primera de ellas, en el entendido que todas las autoridades que pretendan actuar a través de un contrato, deben hacerlo de manera limpia y pública, acogiéndose fielmente a lo establecido en las normas, y realizando un proceso de selección objetivo desde los pliegos de condiciones hasta la escogencia de la oferta más favorable. Pero más aún, eligiendo el modo adecuado de acuerdo al tipo de contrato, siendo ello primordial, en el sentido que cada uno de los modos de selección del contratista tienen sus propias formalidades, y sus propias causales de aplicación, siendo la licitación pública la regla general, y el resto de ellas aplicadas por vía de excepción, quien pretenda hacer uso de cualquiera de ellos deberá fundamentar su escogencia en miras a evitar arbitrariedades en la selección y evitando la contratación directa en casos que no están dispuestos para su aplicación.

La Ley 1150 del 2007 ha desarrollado de manera amplia este principio señalando en su artículo 2 las modalidades de selección y las causales correspondientes a saber:

ARTICULO 2 de las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

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

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales;

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

En todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

La enajenación de los bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, Frisco, se hará por la Dirección Nacional de Estupeficientes, observando los principios del artículo 209 de la Constitución Política y la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta las recomendaciones que para el efecto imparta el Consejo Nacional de Estupeficientes.

El Reglamento deberá determinar la forma de selección, a través de invitación pública de los profesionales inmobiliarios, que actuarán como promotores de las ventas, que a su vez, a efecto de avalúos de los bienes, se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores y quienes responderán por sus actos solidariamente con los promotores.

Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta;

f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

3. Concurso de méritos. Numeral modificado por el artículo 219 del Decreto 19 de 2012. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) *Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.*

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011. En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) *La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS*, que necesiten reserva para su adquisición;*

e) *Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;*

f) *Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;*

g) *Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;*

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) Literal adicionado por el artículo 125 de la Ley 1753 de 2015. La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

5) Contratación mínima cuantía. Numeral subrogado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO 1o. La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar.

PARÁGRAFO 2o. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:

1. Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.

2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2o del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.

3. Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Para la selección a la que se refiere el literal a) del numeral 2o del presente artículo, no serán aplicables los artículos 2o y 3o de la Ley 816 de 2003.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

PARÁGRAFO 4o. Las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes.

Respecto de la expedición de copias de estos documentos se seguirá lo dispuesto en el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 5o. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2o del literal a) del numeral 2o del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.

En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo.

El Gobierno Nacional señalará la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios. El reglamento establecerá las condiciones bajo las cuales el uso de acuerdos marco de precios se hará obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En el caso de los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, las mismas podrán diseñar, organizar y celebrar acuerdos marco de precios propios, sin perjuicio de que puedan adherirse a los acuerdos marco a que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 6o. Parágrafo adicionado por el parágrafo del artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Hasta tanto el Gobierno Nacional no expidiere el reglamento respectivo, no se podrá hacer uso de la selección abreviada como modalidad de selección. (Congreso de Colombia, 2007)

Además de las enunciadas por el artículo referenciado, se implanta la contratación de mínima cuantía que tendrá lugar, sin importar su objeto, siempre y cuando no esté dentro de las causales de contratación directa, si tiene una cuantía inferior al 10% de la menor cuantía vigente. Se trata de la verdadera contratación directa que existe actualmente con la normatividad vigente. Esta clase de contratos requieren de la autorización legal, disponibilidad presupuestal, estudios previos, para determinar la conveniencia y oportunidad del mercado para seleccionar la oferta más favorable, acto administrativo de justificación del proceso de contratación según lo dispone el artículo 77 de la norma ya mencionada.

La suscripción del contrato puede realizarse a través de una factura cambiaria del proveedor, una orden de trabajo, orden de servicio u orden de compra, sin que esto signifique el volver al viejo sistema de los contratos sin formalidades plenas, los cuales desaparecieron por disposición de la Ley 1150 de 2007.

De igual manera, se requiere del registro presupuestal y de la legalización de impuestos. La garantía es opcional, dependiendo de la naturaleza del contrato y la forma de pago, según lo indica el artículo 8°, del Decreto 4828 de 2008. (Cuello, 2009 p.101)

En síntesis, el principio de transparencia contemplado en la Ley 80 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 1150 de 2007 y el principio de Selección Objetiva que se encuentra inmerso también en este estatuto, específicamente en el artículo 5, tienen íntima relación en la búsqueda común de la seguridad jurídica y de la prevención de corrupción en el manejo de los recursos públicos y en la celebración de contratos estatales.

Tal como, se viene exponiendo, se debe resaltar que estos principios constituyen valores normativos reales, por tanto, están dotados de fuerza vinculante y deben ser observados a plenitud en las actuaciones administrativas, sean actos, contratos, operaciones o cualquier otra forma en que se materialice la voluntad de los poderes públicos.

4 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cuando se habla de legalidad se esta haciendo referencia a la ley, entendida esta materialmente como el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado. Por ello, se dice que “legalidad es la cualidad de aquello que es conforme a la Ley” (Vedel, 1980)

Este principio tiene su fundamento de origen en el Estado de derecho y el principio de supremacía constitucional, que hoy en día, tiene plena aplicación en nuestro continente gracias a la evolución del constitucionalismo norteamericano. El Estado de Derecho supone la idea de un Estado complamente reglado en el que, el actuar de sus gobernantes, y sus asociados esté sujeto a la aplicación de las normas jurídicas que componen el ordenamiento en todos sus niveles.

El estudio de la legalidad del contrato estatal significa comprometerse en un analisis de las bases sitemáticas normativas de principios y valores que orientan y vinculan cualquier actuación de la administración pública. Implica aproximarse a las estructuras mismas de contrucción del Estado, esto es, a los fenómenos sustanciales que dan forma a la voluntad de la administración, dentro del contexto del Estado de Derecho, donde el principio de legalidad se ha venido consolidando como el más característico de sus elementos, es decir, uno de los dogmas más tradicionales. Entendido el principio de legalidad como inherente al Estado de derecho, regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio. (Santofimio, 2004 p. 116).

Por su parte el principio de supremacía constitucional derivado de la famosa jerarquía normativa de Kelsen, dispone la existencia de normas superiores e inferiores que hacen parte de un sistema en donde aquellas de carácter inferior dependen y respetan las superiores, por lo cual prevalecen estas últimas sobre las primeras. Esta teoría de subordinación normativa ha sido acogida por la jurisprudencia nacional, en diferentes providencias de la Corte Constitucional en que se ha hecho hincapié expresando:

“La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonia, dependen de la característica del ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoria, deben resultar acordes con las superiores y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de rango más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza

su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada no es otra que establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico” (C.Const, C-037/2000)

A su vez el ordenamiento jurídico ha integrado esta teoría kelseniana al consagrarla en diferentes preceptos legales y constitucionales tales como: el artículo 4 de la Constitución donde se establece que “la Constitución es norma de normas”, los numerales 10 y 11 del artículo 189, el artículo 241, el 298 y el 315 de esta misma Carta; a nivel legal, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, el artículo 137 del CPACA entre otros.

Por lo tanto, se tiene que el principio de legalidad se hace tangible al considerar ilegales e inválidos todos aquellos actos o contratos proferidos o celebrados por órganos del poder público o por particulares que ejerzan función pública, sin sujeción a los mandatos legales en sentido general y específico.

Tal como lo expone Santofimio Gamboa en relación con la función administrativa contractual, se entiende por principio de legalidad “la necesaria conformidad de los actos que deban proferirse con ocasión del contrato, con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da la fundamentación especial: para el caso, la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, o la ley 142 de 1994, o las demás disposiciones de naturaleza especial que regula la contratación en determinadas entidades públicas, como sucede, por ejemplo, con la Ley 30 de 1992 en materia de educación superior, o con la Ley 100 de 1994 para la contratación de las entidades hospitalarias” (2004 p.117).

Así pues, la violación a este principio, como ya se expuso, se deriva del atentado en contra de una norma superior, sin embargo, la inadvertencia de los imperativos legales en la celebración de contratos estatales o la expedición de actos administrativos, puede darse respecto de diferentes variantes como son: los sujetos, el objeto, la causa, la finalidad o las formalidades. En materia contractual específicamente en asuntos relacionados con la aplicación de los pliegos o términos de referencia; el desarrollo de los diferentes procedimientos de escogencia de contratistas; el cumplimiento de los requisitos o requerimientos de la planeación del contrato; la aplicación de las reglas sobre escogencia objetiva de contratistas; la aplicación de las cláusulas de excepción; al igual que en todo lo relacionado con los principios del interés general; la planeación, la escogencia objetiva y la transparencia.

Con todo lo anterior, se puede entrar a establecer la existencia de una pugna entre el poder y los principios superiores, que tiene sustento en el principio de legalidad, al constituir este un límite al actuar de la administración, ya sea en actos unilaterales o bilaterales, por cuanto implica que ésta no puede hacer todo cuanto quiera, sino solamente aquello que le permita la Ley.

5 ANALISIS DE CASO. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL MUNICIPAL

Esta barrera a las facultades discrecionales, de las que se venía hablando, constituyen la materialización de la seguridad jurídica, ya que comprometen en gran medida el interés general, en especial tratándose de aspectos relacionados con la selección y escogencia de contratistas en materia contractual, y de sujeción a las normas superiores en la expedición de actos administrativos.

Son precisamente estos aspectos sobre los cuales me interesa hacer mención, en el análisis sistemático de las actuaciones contractuales desarrolladas en el Municipio de Chiquinquirá para la vigencia fiscal del año 2012 con ocasión de la resolución 033 del 12 de enero del 2012 expedida por el alcalde municipal de Chiquinquirá “por medio de la cual se establece y reglamenta el funcionamiento de la caja menor para el año 2012”; acto frente al cual existió una demanda administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad, al entender los accionantes que quien profirió el acto lo hizo con infracción de las normas en que debía fundarse, no era competente para hacerlo, el acto administrativo fué expedido en forma irregular y motivado bajo hechos o circunstancias que no son ciertas, además de que el alcalde municipal dentro de sus atribuciones, funciones y obligaciones no cuenta con la facultad para constituir cajas menores. Esta demanda administrativa que fué impulsada por estudiantes universitarios ante el Juzgado Once Administrativo Oral de Circuito de Tunja² se decidió en primera instancia negando las pretensiones de nulidad del acto al considerar que *“con la expedición del Decreto 2768 de 2012, se dejó normativamente ajustado el tema de constitución y mantenimiento de cajas menores, sin embargo ante el vacío existente respecto de las entidades territoriales se conceptuó por parte del Ministerio de Hacienda y crédito Público³, que las entidades territoriales **en ejercicio de la autonomía** son responsables de establecer si se constituye y reglamenta la existencia de caja menor, cumpliendo los parametros normativos previstos para otras entidades”*. [negrita fuera de texto]. (Juzgado Once Administrativo Oral de Circuito Judicial de Tunja., 2015)

Esta decisión fue impugnada y decidida en igual sentido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en segunda instancia, considerando este cuerpo colegiado, que la autonomía territorial que otorga al alcalde la facultad del manejo autónomo de los recursos propios, otorga con ella también la libertad discrecional de constituir cajas menores, sin existir permiso legal expreso.

² Para más información sobre este caso, ingresar al sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial <http://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia/Administración/Ciudadanos/frmConsulta>. Radicado 150013333011201400076-00. Accionantes: Brayan Leonardo Jiménez y otros. Accionado: Municipio de Chiquinquirá.

³ El concepto a que se hizo referencia en el fallo fue el Concepto 015429 del 10 de mayo de 2012 Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se centra este estudio en la viabilidad de los argumentos expuestos por las autoridades judiciales que decidieron el caso, a la luz de los principios que se han venido analizando en el cuerpo de este artículo y según los cuales los órganos del poder público en todas sus actuaciones deben tener en cuenta el ordenamiento jurídico superior, más aún los alcaldes municipales a quienes la Constitución les concede facultades específicas en su artículo 315, el cual, al indicar en el numeral primero que es atribución del alcalde “cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo”, precisa la jerarquía de estas normas entre sí y respecto de los actos del alcalde.

Es por tanto, arriesgado por parte las autoridades judiciales mencionadas, señalar que de la hermenéutica jurídica se pueden derivar facultades adicionales a las atribuidas constitucional y legalmente a un determinado órgano del poder público, y frente a un tema tan delicado, o lo que es peor, justificar el actuar ilegal de un funcionario que se extralimitó abiertamente en sus funciones, basándose en un concepto que carece de fuerza vinculante conforme al artículo 28 de la ley 1755 del 2015 el cual delimita el alcance de los conceptos señalando que “salvo por disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución” (L.1755/2015. Art.28) y los cuales nunca podrán ser aplicados si contrarían el ordenamiento superior, como es el caso.

Esta extralimitación en que incurrió el jefe de administración local, al constituir a través de un acto administrativo una caja menor, sin contar con la facultad legal para ello, es una flagrante violación al principio de legalidad ya estudiado, y el inicio de una serie de irregularidades con implicaciones jurídicas y presupuestales serias para el municipio y para el orden jurídico municipal, cuya guarda se encuentra paradójicamente a cargo del alcalde municipal, ésta si por mandato constitucional.

Cabe recordar que pese a los fallos de primera y segunda instancia del proceso referenciado, estas actuaciones contrarias a los principios superiores del derecho administrativo y la contratación estatal se consideran ilícitas de pleno derecho y por tanto, en teoría pueden y deben ser declaradas nulas por la jurisdicción cuando se advierte en ejercicio de las acciones legales que contempla el CPACA. De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia del 1 de Julio de 1994 se pronunció señalando que el desconocimiento del principio de legalidad genera responsabilidad para el funcionario y sostuvo que *“como regla general los servidores públicos ejercen sus funciones sujetos a la ley de manera proyectiva, de manera restrictiva y de manera valorativa, esta última sustentada en valores y principios superiores adoptados como fórmulas de convivencia en el régimen constitucional. Dicho de otra manera, la ley impone responsabilidades al servidor público del estado liberal, por acción, por omisión o por extralimitación en el ejercicio de las funciones que son propias, sometido a los imperativos que en las direcciones indicadas le impone la Ley. En este sentido, la Carta política establece que los*

servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones (...)” (C.Const, Sentencia T-303, 1994).

Más allá de ello, es importante ahondar en las implicaciones de la expedición de un acto administrativo como el cuestionado, dejando un poco de lado el debate sobre su legitimidad y concentrando la atención en los contratos derivados de este.

Para mayor claridad, es necesario indicar que de acuerdo a lo mencionado, las cajas menores son un mecanismo o unidad de manejo de dineros que debe ser utilizado para sufragar gastos identificados y definidos previamente en los conceptos del presupuesto de la entidad, los cuales deben tener carácter de urgentes e imprescindibles; por lo tanto, en la reglamentación correspondiente se debe establecer qué gastos se pueden realizar, los cuales deben estar previstos en el presupuesto. La caja menor, de acuerdo al Decreto 2768 de 2012, se constituye para cada vigencia fiscal, mediante resolución suscrita por el jefe del respectivo órgano, en la cual se indique la cuantía, el responsable, la finalidad, y la clase de gasto que se puedan realizar, así mismo, se deberá indicar la unidad ejecutora y la cuantía de cada rubro presupuestal; para la constitución y reembolso de las cajas menores se deberá contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal (...); las cajas menores deberán ajustarse a las necesidades de cada entidad, siendo responsabilidad de los ordenadores del gasto de dichas entidades el buen uso de las mismas y el cumplimiento de las reglas que aquí se establecen. (2012). Frente a ello, se debe precisar que el artículo primero de este Decreto establece el campo de aplicación, restringiéndolo a los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación. El Decreto 1082 de 2015 por su parte, al reglamentar la constitución y el funcionamiento de las cajas menores, limita su aplicación a los órganos del sistema general de regalías, y dejando implícitamente esta facultad solamente para organismos y entidades que conforman el Presupuesto General de la Nación.

Por esta razón es erróneo deducir que las entidades territoriales poseen también la facultad de constituir y reglamentar cajas menores, ya que no hacen parte del Presupuesto General de la Nación y por lo tanto no existe norma legal que les atribuya esta facultad, argumento del cual derivó el calificativo de ilegal que concedí anteriormente a la resolución 033 del 2012 “por medio de la cual se establece y reglamenta el funcionamiento de la caja menor para el año 2012” en el municipio de Chiquinquirá, recordando lo concluido respecto del principio de legalidad en el capítulo anterior, según el cual los órganos de la administración solo pueden hacer aquello que les permita la ley

Natural consecuencia de lo anterior, es entonces la abierta ilegalidad del acuerdo municipal 020 del 7 de diciembre de 2011, mediante el cual el concejo municipal fijó el presupuesto de rentas, recursos de capital y gastos del municipio de Chiquinquirá y sus establecimientos públicos, para la vigencia fiscal del año 2012; revistiendo al alcalde de facultades que no le

son atribuibles de acuerdo a la Constitución y la ley, facultando sin poder facultar, es decir, en contra del ordenamiento jurídico.

Frente a esto, el Consejo de Estado ha precisado que *“si bien es cierto que la ley les reconoce a los alcaldes la facultad de representar a los municipios, entre otras actividades, para celebrar en nombre de ellos los contratos, no puede desconocerse que por virtud de la propia Constitución y de los desarrollos legales (...), para la suscripción de los mismos deberá contar con autorización del concejo municipal, según lo establece el artículo 313 de la Carta política. La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal de municipio, pero para ejecutarla, es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía. Y a las directrices de la corporación deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos, actuación que está sometida a la revisión por parte del gobernador para objetarlo por inconstitucionalidad o ilegalidad y remitirlo al tribunal competente, que decidirá sobre su validez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305, numeral 10 de la Constitución”*. (C.E. 2001)

De igual manera, se deriva de lo anterior la invalidez de los contratos celebrados con fundamento en la resolución cuestionada.

Frente a la destinación de los fondos de caja menor el Decreto 1082 de 2015 que, establece en su artículo 2.2.4.6.8 las prohibiciones a la destinación de los fondos de caja menor enunciándolas así:

1. Fraccionar compras de un mismo elemento o servicio.
2. Realizar desembolsos con destino a gastos de órganos diferentes de su propia organización.
3. Efectuar pagos de contratos cuando de conformidad con el Estatuto de Contratación Pública y normas que lo reglamenten deban constar por escrito.
4. Reconocer y pagar gastos por concepto de servicios personales y las contribuciones que establece la ley sobre la nómina, cesantías y pensiones.
5. Cambiar cheques o efectuar préstamos.
6. Adquirir elementos cuya existencia este comprobada en el almacén o depósito de la entidad.
7. Efectuar gastos de servicios públicos.
8. Pagar gastos que no contengan los documentos soporte exigidos para su legalización tales como facturas, resolución de comisión, recibos de registradora, o la elaboración de una planilla de control.

En el caso estudiado, los recursos autorizados para la caja menor constituida y reglamentada a través de la resolución 033 del 2012, fueron desembolsados por conceptos que la tesorera denomina “gastos imprevistos, gastos protocolarios, seguros, materiales y suministros, comunicación y transporte”, esto mismo que la norma jurídica denomina contratos estatales de seguros, de compraventa, de suministro y de transporte, respectivamente. Contratos que no alcanzaban la cuantía para estar dentro de la clasificación a que hace referencia el numeral tercero del artículo 2.2.4.6.8 del Decreto 1082 de 2015; pero que siendo contratos estatales debían cumplir con los requisitos establecidos en el Estatuto de la contratación, siendo el caso, precisamente de lo ordenado por el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 el cual ordena que “*en estos casos [contratos que no deben constar por escrito], las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.* (L.80/1993 Art.39). En igual sentido la naturaleza reglada de la actividad contractual nos permite afirmar que ningún contrato por inferior que sea su cuantía, y menos aún por el simple hecho de provenir de fondos constitutivos de cajas menores, se encuentra exento de transitar una etapa precontractual seria, fundamentada y objetiva.

Siendo entonces, destinados estos recursos al pago de contratos estatales, lo mínimo que se esperaría sería pues, que la celebración de estos contratos se hiciese con observancia plena de todos los requisitos y formalidades establecidos normativamente para dotar de validez el acto jurídico determinado, esperanza que se transforma en utopía al momento de analizarse la actividad contractual que el municipio de Chiquinquirá desarrolló legitimándose en esta resolución, y al establecerse que se celebraron de manera directa, sin previa apertura de convocatoria, omitiendo la selección objetiva del contratista, así como los estudios previos, y los pliegos de condiciones, es decir en flagrante violación a los principios de transparencia, selección objetiva y legalidad, entre muchos otros.

CONCLUSIONES

Es por tanto imperioso recapitular lo expuesto, para entrar a establecer en que medida, la actividad contractual permite la discrecionalidad frente a la aplicación de sus normas y principios. En tal sentido, el principio de transparencia, que lleva implícito el de selección objetiva, da a los asociados la seguridad de que los recursos públicos están siendo manejados de manera eficiente y conforme a las estipulaciones normativas, a la vez que dota de legitimidad la actuación, al mantenerla dentro de la órbita de la equidad y la objetividad que permite la igualdad de condiciones para los oferentes, así como la

economía y la eficiencia de la gestión pública en una escogencia acertada de quien brinde al objeto contractual la oferta mas favorable.

El desconocimiento de dichos principios hace que la actuación se vicie en su forma y en su contenido, lo que deriva serias consecuencias, para el funcionario y para la comunidad en un Estado Social de Derecho.

Es por esta razón, que se recalca la gravedad de las atribuciones que se toman los mandatarios locales, como fue el caso de Chiquinquirá, al constituir un fondo fijo con recursos públicos en que estos tienen una destinación dudosa y frente a los cuales no se atienden los mínimos requisitos de carácter legal, para su gasto, lo cual atenta abiertamente contra el carácter reglado de la contratación, la jerarquía normativa, la equidad, la transparencia, la legalidad y la selección objetiva.

Se concluirá entonces que la actuación contractual de las entidades territoriales esta sujeta a las normas y principios que regulan esta materia en Colombia, por lo cual, ni la autonomía territorial, ni la permisividad judicial y ciudadana justifican que un mandatario local contraríe el ordenamiento superior, contratando bajo sus propias modalidades de selección y sus propios reglamentos, situación que hoy en día se sigue presentando cotidianamente y que exige acciones inmediatas, por parte de los órganos de control, de las autoridades judiciales, y las personas que en ejercicio de los medios previstos en la Ley pueden ejercer control sobre las actuaciones de los funcionarios que están al servicio del interés común.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.

Congreso de Colombia. (2007). Ley 1150 de 2007.

Congreso de la República. (1993). Ley 80 de 1993.

Congreso de la República, . (2015). Ley 1755 de 2015.

Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio Civil. (s.f.). Auto de Noviembre 15 del 2001. *Consejer Ponente Augusto Trejos Jaramillo.*

Corte Constitucional . (1999). Sentencia C-400 de 1999. Magistrado Ponente Valdimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (s.f.). Sentencia T- 406 de 1992. Magistrado.

Corte Constitucional, . (1 de julio de 1994). Sentencia T-303. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

- Corte Constitucional, . (9 de agosto de 2005). Sentencia C - 818 de 2005. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional,. (1996). Sentencia C-633 de 1996. *Magistrado*.
- Corte Constitucional,. (26 de enero de 2000). Sentencia C-037 de 2000. *Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa*.
- Cuello, F. (2009). Contratos de la Administración Pública. 3. Bogotá: ECOE EDICIONES.
- Escola, H. J. (1977). Tratado Integral del los contratos administrativos. *Volumen 1, 110*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Julio, P. (1978). Derecho Administrativo Tomo III. *II*, 231. Montevideo.
- Juzgado Once Administrativo Oral de Circuito Judicial de Tunja,. (27 de Enero de 2015). Expediente 150013333011201400076-00. Tunja, Boyacá, Colombia.
- Lee, I. D. (2013). Derecho de la Contratación Pública en Colombia. 20. Bogotá: Legis.
- Medellín, F. M. (2013). *Lecciones de Derecho Romano*. Bogotá: TEMIS.
- Presidencia de la República . (2012). Decreto 2768 de 2012.
- Rodríguez, L. (2013). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: TEMIS.
- Santofimio, J. O. (2004). Tratado de Derecho Administrativo. Contratacion indebida. Tomo IV. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Vedel, G. (1980). Derecho Administrativo. Madrid : Aguilar.