

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 13

CAPACIDAD Y COMPENTENCIA EN LA CONTRATACION PÚBLICA

JULIAN GARCIA MUNERA

Institución Universitaria de Envigado

E-mail: Julian_352@hotmail.com

CARLOS DANIEL IBARRA CALLE

Institución Universitaria de Envigado

E-mail: Cdanielibarra@hotmail.com

GERMÁN ALBERTO MONTOYA ECHEVERRY

Institución Universitaria de Envigado

E-mail: Betomontoya31@outlook.com

2015

Resumen: *En el presente artículo se busca establecer la aplicación de los conceptos de capacidad y competencia en materia de contratación estatal. Que entendemos por capacidad y competencia en la contratación pública. Observamos que de un lado siempre vamos a encontrar al estado y por otro lado tenemos a un particular que denominamos contratista. Para el cumplimiento de los fines del estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación para poder lograr estos fines en forma legal, armónica y eficaz. Para desarrollar esta labor se expidió el estatuto de contratación pública en Colombia el cual es el cuerpo de normas que regulan la actividad precontractual y contractual, todo acompañado de un conjunto de principios que deben prevalecer tales como igualdad, publicidad, transparencia y selección objetiva. Para contratar con el estado colombiano se debe ser legalmente capaz para celebrar negocios jurídicos tema que se tratara en el desarrollo de este artículo. Como parte de este proceso se tienen que tener unas garantías que aseguren los riesgos que se puedan presentar cuando se presente un caso fortuito o fuerza mayor, estas garantías tienen que estar permitidas y son las pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantías bancarias a primer requerimiento, endoso en garantía de los títulos valores, cartas de crédito stand by, y depósito de dinero en garantía. Por último el proceso de contratación debe seguir unas etapas necesarias para un correcto desarrollo en el que cada una de ellas se cumpla cabalmente con el fin de no caer en errores que puedan afectar y perjudicar tal proceso.*

Palabras claves: *Capacidad – Competencia– Contratación pública – Interpretación normativa.*

Summary: *This article seeks to establish the application of the concepts of capacity and competence in government contracting. Known as capacity and competition in public procurement. It is noted that on one hand we will always have the state and on the other hand we'll have what we call a private individual, a contractor. To full fill the purposes of state procurement of goods and services by public entities it is required by contracting to achieve these aims in a legal, harmoniously and efficiently way. To develop this task the status of procurement was issued in Colombia which is the corps of rules governing the pre-contractual and contractual activities, all lived with a common-law spouse of an ensemble of principles that should prevail such as equality, publicity, transparency and objective selection. To contract with the Colombian state one must be legally able to conclude juridical business, subject that is going to be treated in the course of this article. As part of this process one must have some guarantees to ensure the risks that may appear in case of unforeseen circumstances or majeure force, these guarantees must be permitted and are insurance policies, commercial trust under warranty, first demand bank guarantee, endorsement securing the titles of values, standby letters of credit and money deposit under warranty. Finally the contracting process must follow some necessary steps for correct development in which each of them must be thoroughly full field in order not to fall into errors that may affect and harm the process.*

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 13

Keywords: Capacity - Competition- Public procurement - Interpretation regulations.

1. INTRODUCCIÓN

En la contratación pública siempre hay dos partes. En general en derecho privado cuando una de las partes se obliga a futuro en virtud del contrato, se dice que el contrato es unilateral, caso del comodato, porque la otra parte no tiene obligaciones pendientes, pero en general los contratos, en su esencia, requieren de dos partes.

Y esta regla se repite en el caso de los contratos del Estado, donde una parte, la estatal, se llama contratante y la otra la particular se le denomina contratista.

El estudio de la parte pública en el contrato tiene que ver con materia propia del

derecho administrativo que se preocupa por las personas públicas territoriales y las descentralizadas, por su competencia.

Por su parte el estudio de las personas de derecho privado es materia propia del derecho civil y del derecho mercantil, ajeno a nuestro objeto.

En este momento hay una tendencia a ampliar el régimen de la contratación pública a campos donde impera el derecho privado, vista la trascendencia de los intereses que se afectan, teniendo en cuenta la capacidad y la competencia de los contratistas para cumplir en general con los contratos celebrados y por ello nos preocupamos por considerar la posibilidad de extender su reglamentación, incluso a personas de origen privado.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 13

Por esto, la figura contractual de la contratación pública ha permitido la aplicación de esta normatividad no solamente a las entidades públicas de cualquier origen, sino también a las privadas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que le dan así una ampliación a las reglas de la contratación pública.

Mientras que hay entes de origen público que se sustraen a la reglamentación del derecho público de los contratos hay otros de origen privado que, dada la importancia de la labor que realizan, caen dentro de la órbita de aplicación de esta reglamentación, dando origen a muchas problemáticas y para esto se debe tener en cuenta que organismos o entidades pueden acceder a la contratación pública.

Como bien se sabe, es un proceso autónómico que dispone que, en lo relativo al tema de la contratación, se regirán ellas por el contemple la Ley básica del Estado y en lo que corresponda al desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, estarán a lo que mandan la constitución y los respectivos estatutos; en lo relativo la celebración de un contrato estatal presenta ciertas estipulaciones como lo contempla la ley, donde los contratistas deben cumplir unas calidades especiales para así poder realizar unas propuestas serias frente al tema expuesto. Se evalúa la capacidad en cuanto a su voluntad o consentimiento y la capacidad jurídica de los contratistas de la administración. Desde este punto de vista, el objetivo preferencial o central de esta investigación se refuta a los alcances y fundamentos normativas que se deben tener

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 13

debidamente; por lo tanto poder brindar una calidad y unas herramientas para la satisfacción de unas necesidades generales.

Por ultimo este escrito se basa en un mejoramiento de todos los procedimientos de selección partiendo de los requisitos de capacidad y competencia a la hora de la contratación Estatal. Teniendo en cuenta la problemática social que se presenta en nuestra actualidad, a la hora de contratar.

2. CAPACIDAD Y VOLUNTAD- CONSENTIMIENTO

Nuestro sistema normativo colombiano devela una fuerte aplicación a los contratistas y sus contratantes por lo tanto.

Desarrolla varias legislaciones basadas en este tema expuesto en figuras como la capacidad y la competencia, previstas para

contratar con la administración pública, conforme lo establecido en la ley 80 de 1993.

Así mismo en el Código de Comercio regulara si se trata de empresas mercantiles, su capacidad jurídica y de obrar; frente al Estado, la competencia no hay duda de que pertenece al estudio de la organización de la administración pública, tema que aleja en el fondo del asunto que aquí tratamos; sin embargo, vale mencionar algunos aspectos que nos permiten introducirnos en la relativa de la competencia del órgano estatal en lo que afecta a la contratación.

Según Ospina Fernández, el consentimiento, en últimas, está representado en el querer de las partes, o, lo que es lo mismo, en la manifestación de la voluntad de los intervinientes en dicho negocio. Siendo un acto bilateral, pues necesita como conditio

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 13

sine qua non la existencia de la concurrencia de voluntades. Otra cuestión son los matices a la hora de establecer, por ejemplo, en qué momento se concreta el perfeccionamiento del contrato. Aquí, también vale mencionar que, aunque exista diferencia entre los dos regímenes en cuanto al perfeccionamiento de los contratos, de todas formas se parte de una misma premisa, cual es la de la primera vinculación entre las partes se produce desde antes de celebrarse el contrato; es más, desde antes de la misma adjudicación, aunque la vinculación definitiva contractual se concreta con la celebración del negocio.

El tema de que el contrato debe elevarse a escrito, requisito que se incluye como concurrente cuando se leen las normas referentes al perfeccionamiento del mismo, solo queda vigente frente a aspectos probatorios, o cuando una norma superior así

lo establezca en caso de que despeje dudas, como bien lo dice Merienhoff, en el sentido de que, “si la norma aplicable a la índole de la negociación exigiere que, después de producido el acuerdo de voluntades, se suscriba el contrato respectivo, este recién quedara perfeccionado cuando se haya cumplido con tal requisito.”

Así las cosas, hay que decir que el sostén de este régimen especial no se inspira solamente en la necesidad de proteger el tráfico jurídico a las personas que adolecen de la madurez suficiente para comprender y valorar sus propios actos, como normalmente ocurre en el ámbito de las relaciones privadas, sino en la exigencia de preservar la transparencia de la gestión contractual del Estado y tutelar eficazmente el interés público que está ligado al adecuado cumplimiento del objeto del contrato.

Como dijera la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana del 29 de abril de 1996:

La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 13

hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual.

Para Ardila Duarte, el consentimiento se manifiesta como una aceptación, no volitivo, ya que en sentir de este autor no hay una igualdad en esta relación, por cuanto el Estado tiene todas las posibilidades de abstenerse o de adjudicar, de acuerdo con las conveniencias nacionales.

2.2 CAPACIDAD DEL CONTRATISTA

Como bien expresa Solano Sierra, para que una persona pueda celebrar contratos con las entidades estatales, es necesario que se cumplan una serie de requisitos inspirados en la protección de la autonomía de la voluntad privada o en la defensa de la moral pública o en la tutela de los intereses generales.

En efecto la capacidad de los contratos estatales en general está condicionada a que el contratista posea capacidad legal y no se encuentre incurso en cualquiera de las causales de inhabilidad e incompatibilidad. Además, para los contratos de obra, consultoría, suministro, y compraventa de bienes muebles; que son los de uso más frecuente en la administración pública, se requiere que el particular esté debidamente clasificado y calificado en el registro de proponentes.

2.3 CAPACIDAD LEGAL

El requisito de la capacidad legal de los contratistas en el derecho contractual administrativo se rige íntegramente por los principios y normas del ordenamiento privado. Se trata de un aspecto de los contratos estatales que no presenta ninguna

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 13

peculiaridad con relación a los contratos civiles o comerciales, razón por la cual, el tema de la capacidad legal no tiene un régimen especial en el derecho público. De ahí, que el artículo 6° de la ley 80 de 1993 señala que Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.

Para Fernández Mejía, la capacidad a la que se refiere la norma transcrita, no es la capacidad jurídica o de goce, que es un atributo de la personalidad jurídica que ostenta todos los sujetos de derecho, sino la capacidad legal o de ejercicio, que está consagrada como una técnica de protección de la autonomía de la voluntad privada. La regla general es que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (C.C., art. 1503), por

adolecer del discernimiento y de la experiencia suficiente para comprender y valorar sus actos.

En conclusión, la ley civil califica de incapaces a los estipulados en (C.C., art. 1504). El contrato estatal celebrado por persona natural o jurídica incapaz, es absolutamente nulo por contravenir una prohibición legal (L. 80/93. Art. 6° y 44.2; C.C., Art. 1502).

3. COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

En nuestro ordenamiento jurídico la administración pública está conformada por una pluralidad de entidades encargadas de ejecutar las múltiples intervenciones atribuidas por el Estado. El artículo 2.1 de la ley 80 de 1993, realiza una enunciación de las entidades estatales para los efectos de la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 13

contratación administrativa, entre las cuales incluye, la Nación, las regiones, los departamentos, 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 50%, etc.

Según Palacio Hincapié, la competencia de la administración comprende dos aspectos diferentes: uno de carácter objetivo que consiste en la potestad que la ley le atribuye a la entidad estatal para celebrar un determinado contrato, y otro de naturaleza subjetiva que se refiere a la habilitación del agente o funcionario que representa a la entidad pública. A continuación ampliaríamos estos conceptos:

3.1 ORGANO COMPETENTE

La capacidad legal de la administración pública para celebrar un contrato estatal, se condiciona a que la entidad que lo celebra goce de la competencia para ello, conforme a derecho positivo.

El procedimiento contractual solo puede ser impulsado por la entidad competente; es decir, aquella a la que la ley le haya conferido en forma expresa y precisa la titularidad de las funciones, en el plano material, territorial y temporal, para cuyo ejercicio se celebra el contrato. De esta manera, la validez del acuerdo de voluntades se sujeta a la competencia o capacidad legal de la administración pública para comprometer los recursos en la realización de los fines del Estado.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 13

La competencia de la entidad estatal, no se requiere solo para la formalización del acuerdo de voluntades, sino también, en todas las etapas de la vida del contrato, tanto para su formación (elaboración de pliegos, apertura de la licitación, adjudicación, etc.) como para su perfeccionamiento (firma por las partes, aprobación de las pólizas, registro presupuestal), como para su ejecución y liquidación.

Se debe tener en cuenta que el contrato que se celebra por la administración pública, por fuera del marco teórico de las competencias fijadas por el ordenamiento, adolece del vicio de falta de competencia, lo que constituye una causal de nulidad absoluta como se deduce del artículo 44, numeral 2° de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1502 del código civil.

3.2 FUNCIONARIO COMPETENTE

Los principios de buena administración, recomiendan que el conjunto de funciones que le atribuye la ley a una entidad, conforme a las reglas de la división del trabajo se distribuya entre los distintos órganos y servidores que conforman cada organización, con el objeto de mejorar la presentación de los servicios públicos. De ahí que el artículo 209 de la Constitución Nacional prescribe que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Como bien dice Herrera Barbosa, los contratos estatales se rigen por el principio de articulación, conforme al cual, las distintas

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 13

etapas y fases correspondientes a la formación de la voluntad, la celebración, la ejecución y la liquidación se confían a diversos órganos con atribuciones separadas que persiguen una finalidad común. Las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y manual de funciones de las entidades públicas, establecen las atribuciones que le incumben a cada órgano o funcionario público en el proceso contractual. Así, por ejemplo, señala las dependencias a las que incumbe la elaboración de los estudios, planos y diseños, o el análisis jurídico de las propuestas; o la evaluación económica y financiera de los ofrecimientos, etc. De esta manera, el principio de articulación permite no solo determinar la validez de los distintos actos y fases que se cumplen en la gestión contractual, sino también, delimitar e individualizar las responsabilidades de los

servidores estatales que intervienen en el procedimiento, como lo señala el artículo 6° de la Constitución Nacional.

Ahora bien, el artículo 11.1 de la ley 80 de 1993, le atribuye la competencia en torno al procedimiento contractual al jefe representante de la entidad, que es el órgano al que se le faculta para ordenar la apertura de licitaciones, o concursos, dirigir el procedimiento de selección, realizar la respectiva adjudicación, celebrar contratos, expedir los actos administrativos contractuales en ejercicio de las potestades públicas exorbitantes, y en fin para liquidar la relación jurídica. De ahí, que la validez del otorgamiento de estos actos en general, y de la celebración de los contratos en particular, depende que hayan sido expedidos por el órgano al que la ley le confía la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 13

representación legal, que siempre es el jefe de la entidad pública.

ejercer la actividad contractual, a esto se le denomina ser competente.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis llevado a cabo la contratación para que sea considerada estatal requiere en todo caso de la participación de un ente de derecho público que este facultado legalmente para celebrar negocios jurídicos, atribución la cual conocemos como competencia para contratar.

De otro lado tenemos al colaborador que recibirá una remuneración a cambio de la labor que va a desempeñar, llamado contratista, este sujeto el cual puede ser una persona natural o jurídica, incluso un consorcio o unión temporal, debe tener al igual que la entidad que lo contrata atribuciones jurídicas que lo facultan para

Es necesario para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad que legalmente esta persona tenga capacidad, es decir sea capaz de realizar la labor encomendada, que tenga su consentimiento en mencionada declaración o acto y este consentimiento no adolezca de ningún vicio, que el motivo por el cual se valla a contratar recaiga sobre un objeto licito y una causa licita. Cuando hablamos de capacidad legal de una persona se infiere que esta se puede obligar por si misma sin tener que poseer la autorización de otra persona ajena a la voluntad de la persona principal. La ley hace una presunción de capacidad y esta misma menciona que toda persona es legalmente capaz exceptuando todas aquellas que la ley declara incapaces.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 13

Las personas jurídicas que están involucradas en el tema estatal como lo serían las entidades estatales de derecho público, hace alusión a una persona ficticia capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles y capaces de ser representada judicial y extrajudicialmente. En cabeza de estas personas encontramos un representante legal que podrá delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñan cargos del nivel directivo.

REFERENCIAS

Abeledo P., (1970). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III A. Buenos Aires, p. 144.

Benjamín H., B. (2005). *Contratos Públicos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Bermejo V. (2005). *La Contratación Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

Dávila, Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis, 2001.

Entrena y otros autores. Contratación pública. Guía Universidad Externado de Colombia.

Escobar G., R. (2003) *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Colombia: Legis S. A.

Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. Artículo 6, Artículo 11.

Expósito V. J.C (2004). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*. Bogotá: Edición por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

García O., P. (1977). *Los Contratos del Estado. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo*.

Gil, I. J.L (1997). *El Control Jurisdiccional Sobre los Contratos Administrativos*. Actualidad administrativa. Madrid: Edición CEC.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 13

Gimeno F.; & José M. (2002). *El Control de la Contratación Pública*. Bogotá: Editor Temis.

Guerrero, Myriam. Estatuto de la contratación administrativa. Bogotá: Temis 1994

Juristo, Rafael. La ejecución del contrato de obra pública.

República de Colombia Corte Constitucional Sentencia C- 374 de 1994, Exp D-513, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejia

República de Colombia Corte Constitucional Sentencia C-178, Exp. D-974, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Vidal. P., J. (2000). *Derecho Administrativo*, Bogotá: Temis

Julián García Múnera:

Institución Universitaria de Envigado Egresado no titulado en Derecho. Línea de énfasis en Derecho Publico. Manejo de herramientas ofimáticas nivel intermedio. Prácticas profesionales Tribunal Administrativo de Antioquia año 2013.

Prácticas profesionales Juzgado Laboral del Circuito de Envigado año 2014.

Diplomado en contratación estatal 120 horas año 2015.

Carlos Daniel Ibarra Calle:

Institución Universitaria de Envigado. Egresado no titulado en Derecho. Institución Universitaria de Envigado. Derecho Público. Envigado, Antioquia. Capacitaciones en Derecho Administrativo dictado por la gobernación de Antioquia 2013 Prácticas profesionales en el juzgado segundo civil de Envigado 2012-2013. Prácticas profesionales en Centro de Conciliación IUE 2014

Diplomado en Contratación Estatal durante 120 horas 2015.

Germán Alberto Montoya Echeverry:

Institución Universitaria de Envigado

Egresado no Titulado en Derecho.

Derecho Público. Manejo de Herramientas Ofimáticas en Nivel Intermedio. Prácticas profesionales en la oficina asesora jurídica y en la oficina de espacio público del Municipio de Envigado durante el año 2012 y 2013. Diplomado en Contratación Estatal durante 120 horas aproximadamente año 2015.