

LA CONTRATACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

CIRO VALENZUELA MENDOZA

YOALVETH ROJAS BAHAMON

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

NEIVA

2003

LA CONTRATACION EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

CIRO VALENZUELA MENDOZA
YOALVETH ROJAS BAHAMON

Monografía de Grado presentada como requisito parcial para optar al título de
Abogado

Asesor
MARTHA CECILIA ABELLA DE FIERRO
Especialista en Derecho Público e Instituciones Jurídico-Políticas
Especialista en Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

NEIVA

2003

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Neiva, diciembre de 2003

DEDICATORIA

Dedicamos esta monografía:

A nuestros familiares y amigos, quienes siempre estuvieron cerca para apoyarnos y confiaron infinitamente en nuestras capacidades para sacar adelante este proyecto que nos enorgullece presentar a la comunidad académica de la Universidad Surcolombiana.

A nuestros maestros porque sin la guía conceptual de ellos no hubiese sido posible la realización de este trabajo que hoy, nos permite alcanzar una de nuestras más importantes metas, obtener el título de Abogado.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a la doctora Martha Cecilia Abella de Fierro Decana de la Facultad de Derecho y directora de este trabajo monográfico, al Rector de la Universidad Surcolombiana doctor Eduardo Beltran Cuellar, y a las demás personas que oportuna y eficazmente realizaron un aporte significativo y valioso a nuestro empeño.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
2. JUSTIFICACIÓN	15
3. OBJETIVOS	18
3.1 GENERAL	18
3.2 ESPECÍFICOS	18
4. MARCO REFERENCIAL	19
4.1 AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	21
4.2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	25
4.3 REGIMEN DE EXCEPCIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS	30
4.4 AUTONOMÍA UNIVERSITARIA	33
5. MARCO LEGAL	38
6. CONFORMACIÓN DEL CONTRATO	57
6.1 LIBERTAD PARA CONTRATAR	58
6.2 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL	63
6.3 CONTRATOS CONSENSUALES, ¿VIABLES EN LAS	64
UNIVERSIDADES PÚBLICAS?	64
7. RESPONSABILIDAD	67
7.1 RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO EN LAS	67
UNIVERSIDADES ESTATALES	67

8. PRERROGATIVAS DEL PODER PÚBLICO	69
8.1 CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS	70
8.2 RESTRICCIÓN A LAS PRERROGATIVAS DEL PODER PÚBLICO	72
9. CONCLUSIÓN	75
BIBLIOGRAFÍA	77

RESUMEN EJECUTIVO

Las entidades del estado Colombiano, para el desarrollo de sus fines, encuentran dentro de sus competencias la posibilidad de celebrar contratos y para ello el legislador les ha autorizado con la expedición de la ley 80 de 1993, con la cual se encuentra regulada el régimen general de la contratación pública administrativa.

Las Universidades oficiales o estatales, siendo entidades del estado, no están cubiertas por este régimen general, sino por la ley 30 de 1992, así lo dejó claro la Corte Constitucional en la Sentencia C-547 de 1994 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, todo en virtud de la Autonomía Universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

La autonomía universitaria consagrada constitucionalmente busca alejar a las entidades oficiales de educación superior de la intervención directa de las administraciones de turno, proporcionándole la independencia necesaria para poder cumplir con la finalidad de un Estado democrático de derecho.

Tras un breve recorrido por la legislación sobre contratación administrativa, desarrollada bajo los parámetros de la Constitución Política de 1991 encontramos que tanto las Universidades Públicas como las entidades estatales deben cumplir con los mismos principios más no con los mismos procedimientos o ritualidades ya que la autonomía universitaria les permite a estos entes universitarios autónomos tener un mayor margen de maniobrabilidad aunque con la correspondiente responsabilidad que a ello conduce, sin desconocer desde luego que el buen manejo de la autonomía universitaria en materia de contratación nos abre una amplia gama de posibilidades que nos permite la flexibilidad necesaria para las especificidad y particularidad de los entes autónomos universitarios de Colombia.

EXECUTIVE SUMMARY

Colombian state entities, in seeking the fulfillment of its goals, have the possibility of entering into contract and for doing this, the Colombian law has authorized them with the issue of Law 80 of 1993, that regulates the general regime of the administrative public contract.

State universities as state entities, are not subject to this regime, but under Law 30 of 1992, as it was ratified by the Constitutional Court in Sentence C-547 of 1994, reporter magistrate Carlos Gaviria Diaz, all by virtue of the university autonomy stated in article 69 of Colombian National Constitution.

University autonomy constitutionally acknowledged intends to avoid the direct intervention of the public administration in the high education institutions, therefore given them the necessary independence to attain the objective of a law democratic state.

After a brief review of the administrative contract legislation, issued under the Colombian National Constitution of 1991, it was found that both the Public Universities and the state entities must adhere to the same principles, but not with the same procedures given that the university autonomy allows these autonomous institutions to have a broader range of managing having in mind the responsibility implied.

The university autonomy properly applied regarding contract, opens an ample range of possibilities granting the necessary maneuverability for the specificity and particularity of the Colombian autonomous university entities.

INTRODUCCIÓN

Lo que se pretende con la presente investigación es establecer mediante la lectura y análisis de la Constitución Política, como norma de normas, de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, y la Ley, el alcance que tiene la autonomía universitaria en materia de contratación por tratarse de una entidad de carácter estatal, no circunscrita a las normas generales de toda la contratación pública, en virtud de su autonomía, consagrada constitucionalmente, por lo que fue realizada en las siguientes etapas fundamentales:

- Selección del tema: El tema a desarrollar se escogió fundamentalmente por la preocupación que surge al compartir experiencias de tipo laboral con la Universidad Surcolombiana, universidad del Estado con carácter de ente autónomo universitario, ya que en su actividad contractual se aplica un régimen por fuera del general para la contratación estatal, amparado en el concepto de autonomía universitaria, sin estar determinado claramente su alcance y prerrogativas en el ejercicio de esta actividad.
- Planteamiento del problema jurídico: Al lograr determinar el área y el tema a investigar producto de las dudas surgidas en la experiencia laboral, se concretó la necesidad de establecer el alcance real y efectivo que tiene la autonomía universitaria en materia de contratación.
- Realización del anteproyecto de investigación: Una vez determinado el problema jurídico se elaboró el anteproyecto de investigación como parámetro práctico y jurídico de la investigación a realizar.
- Selección de la información: En esta etapa se determinaron los textos para el análisis en la presente investigación por la especialidad del tema y su pertinencia para la solución del problema planteado, se determinó el objeto de estudio, que sería la autonomía universitaria y su implicación en la contratación administrativa.

- Recolección de información: Consulta de textos, normatividad, jurisprudencia nacional y acerca de la autonomía universitaria que sirvieron como base y marco de referencia a la presente investigación.
- Análisis y realización del trabajo escrito: Con la información recolectada se unificaron criterios y se analizó la información; se plasmaron los resultados obtenidos de la misma haciendo referencia a los marcos conceptuales de cada una de las situaciones analizadas.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las entidades del Estado Colombiano, en el ejercicio de su actividad contractual, les corresponde acatar las disposiciones establecidas por la Ley 80 de 1993 (régimen general para la contratación pública), la cual tiene como objetivo general, conforme así lo señala el primer artículo "*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*".

A su vez, el artículo 2 de la citada ley, complementando el texto antes transcrito, procede a definir por entidad estatal todos aquellos organismos públicos que integran las instituciones del Estado, con o sin personalidad jurídica, sin limitarse solamente a la rama ejecutiva sino también, de manera amplia, a las demás ramas del poder público (legislativo y judicial), así como a los organismos independientes sean de origen constitucional o legal. Tan importante ley tiene entonces una vocación universal reforzada, además, por la eliminación que hizo a la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, generalizando tal noción al concepto único de contratos estatales.

Desde el punto de vista del objeto, el estatuto de contratación se aplica a todos los contratos de las entidades públicas, tanto a los llamados contratos nominados, es decir, los contenidos en normas de derecho privado o en la misma ley 80 de 1993, como a los innominados, es decir, aquellos no referentes a un tipo preciso de contrato previsto por la ley, pero que constituyen un acuerdo de voluntades generador de obligaciones.

Desde el punto de vista de los sujetos, el estatuto se aplica a las entidades estatales en todos los órdenes y niveles, esto es la Nación y las entidades territoriales con sus organismos adscritos y/o vinculados, así como a los particulares que celebran contratos con el Estado.

Sin embargo, las universidades públicas colombianas, aunque tienen la categoría de entidades estatales, no se encuentran sometidas al cumplimiento de las normas generales para la contratación pública, según se deduce del texto jurídico contenido en los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1.992, declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-547 de 1994, los cuales consagran:

Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

Artículo 94. Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a éste haya lugar.

En consecuencia, los actos contractuales que celebren las universidades del Estado, si bien es cierto son contratos estatales por la naturaleza pública de estos organismos, se trata de contratos estatales de carácter especial, por cuanto están sujetos a un régimen excepcional conforme expresa disposición de las normas citadas. Esta excepción, implica el pleno desarrollo del artículo 69 de la Constitución Política colombiana, que consagra, en la categoría de derecho, la *Autonomía Universitaria* y autoriza al legislador expedir un régimen especial aplicable a las universidades

estatales, lo que permite que en materia contractual, tales instituciones, se rijan por disposiciones distintas a las establecidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993.

Lo anterior no significa plantear que la excepcionalidad expuesta conlleve a las universidades del Estado desconocer los Principios Generales y Fundamentales del sistema jurídico colombiano, los cuales, por su naturaleza de normas superiores, son de carácter obligatorio en cada una de las actuaciones de la Administración Pública, trátase de sus organismos autónomos, adscritos o vinculados a las ramas del poder. Los Principios son pautas positivas que no se pueden vulnerar y, las universidades no son la excepción, por el contrario, es su deber acatar, especialmente en materia de contratación, estos preceptos consagrados no sólo en la Carta Política sino también en la misma Ley 80 de 1.993, reconocida como una Ley de Principios.

En este orden de ideas, es pertinente definir, entonces, ¿Cuál es el alcance de la autonomía reconocida a las universidades públicas colombianas, en materia de contratación estatal?

2. JUSTIFICACIÓN

Las entidades del Estado tienen un fuerte e ineludible compromiso con la sociedad, como es la obligación de garantizar una óptima administración de sus bienes, recursos y servicios que les permita, en la medida de lo posible, el desarrollo de los postulados y valores constitucionales fundamentales.

Para alcanzar esta finalidad despliega innumerables actuaciones circunscritas en el marco de sus propias competencias. Entre éstas se destaca la capacidad de celebrar contratos, asunto, que por su naturaleza e impacto ha sido materia de constante preocupación, por tal motivo la Asamblea Constituyente de 1.991 consagró, en el inciso final del artículo 150 de la Carta Política, como competencia del Legislador la de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública. Sin embargo, el constituyente primario, interesado por las especiales circunstancias y propósito de las universidades estatales y con el ánimo de despojarlas de la intervención directa de la administración del Estado le concedió la posibilidad de regirse por sus propios estatutos, lo cual incluye lógicamente el estatuto de contratación.

Por tal motivo, cuando en la contratación se encuentra vinculada una universidad del Estado, no se puede ser indiferente, máxime cuando se trata de un ente que tiene bajo su responsabilidad el cumplimiento de tan importantes propósitos y fines para la sociedad, teniendo en cuenta, que en su ejercicio se desarrollan y hacen efectivos importantes derechos fundamentales sociales y culturales, entre los que se destaca el Derecho a la Educación.

Además hay que destacar lo indispensable que se torna, manejar con más cuidado y recelo los recursos que son de interés general y arrebatarlos de esta manera del capricho de los particulares; pues con tales recursos se busca, de manera racional, cumplir el cometido de los principios y deberes del Estado.

Es así, que el tema de la contratación adquiere relevancia en el ámbito de la administración de las entidades estatales y debe abordarse con mucha cautela y preocupación por parte de quienes les compete la dirección de los fondos públicos hacia la consecución de los fines públicos.

Por lo anteriormente expuesto, el propósito es investigar el alcance de la autonomía universitaria en los procesos contractuales de los entes oficiales de Educación Superior y así poder determinar el campo de acción de éstos, el alcance de sus negocios contractuales, y establecer, en la medida de las posibilidades académicas, cómo lograr una gestión eficiente y eficaz, reconociendo, en principio, nuestros propios alcances, esto es, hasta donde podemos llegar, como respondemos ante los controles sociales e institucionales de las entidades del Estado encargadas de inspeccionar y vigilar las actuaciones de las universidades públicas y, por lo menos, contar con unos postulados básicos que nos permitan delimitar nuestra esfera de actuación y movilidad en el campo contractual tan ampliamente justificado por la autonomía universitaria.

En este entendido, se encuentra que el principio de la autonomía universitaria, en materia contractual, es un concepto de muy poca exploración dentro del mundo jurídico. Pues aunque indiscutiblemente las universidades son entidades del Estado, están concebidas como entes autónomos, estatus que les otorga ciertas prerrogativas, como la de regirse por sus propios estatutos, incluido el de contratación.

La sola lectura de la ley es entonces insuficiente para determinar y obtener reglas conceptuales claras que permitan hacer de la actividad contractual de la Universidad un terreno que se presente sin mayores contratiempos y permita potenciar todas las posibilidades jurídicas que pueden comportar el régimen de principios que deba guiar su actuación, en busca de hacer más efectivos sus fines y alcanzar una comprensión total de sus alcances, en caso de alguna contención judicial, incluso para hacer frente a las frecuentes investigaciones promovidas por los organismos de control.

La contratación es un punto crucial en el discurrir de la actividad de la Universidad en el cumplimiento de su función social y de su compromiso institucional, pues cada día se hace más necesario contar con la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, por las distintas limitaciones en las que se encuentra el Estado, y evidenciar su marco normativo, poniendo encima de la mesa sus alcances, hace más responsable y eficiente la labor de la administración, evitando de esta manera posibles complicaciones de orden judicial y negocial, en las que se pueden incurrir, propiciado por la poca claridad sobre lo fundamental.

Por último manifestamos, que nos motiva realizar este tipo de investigación precisamente el aporte que podemos realizar en esta materia a nuestra institución, una Universidad con el carácter de ente autónomo público de Educación Superior, por que con ella podemos de una manera juiciosa, postular, lo que consideramos se adapta mejor a las específicas necesidades de la Universidad Surcolombiana en cuanto a su especificidad y especialidad en el cumplimiento de su misión institucional y su función social y por supuesto que como abogados vemos que se adapta a su sistema normativo en estos momentos en los que se encuentra en el transcurso de una reforma normativa a todos los niveles.

3. OBJETIVOS

3.1 GENERAL

- Establecer y evaluar el alcance del Derecho a la Autonomía Universitaria consagrado por la Constitución Política (Artículo 69) a las Entidades Oficiales de Educación Superior, en el ejercicio de las competencias de Contratación que realizan estas Universidades Estatales para garantizar el desarrollo de sus funciones públicas.

3.2 ESPECÍFICOS

- Plantear la discusión, desde el punto de vista jurídico, sobre los principios constitucionales que deben observar las universidades estatales u oficiales en materia de contratación.
- Identificar la incidencia del Derecho a la Autonomía otorgado a las Universidades Públicas por la norma superior en materia de Contratación Estatal.
- Precisar las potestades y discrecionalidades que conlleva el ejercicio del Derecho a la Autonomía Universitaria a las Entidades Oficiales de Educación Superior en el ejercicio de sus capacidades contractuales.
- Brindar a la Universidad Surcolombiana reflexiones jurídicas en torno al tema de la Contratación Administrativa que le permita diseñar estrategias dirigidas a garantizar el pleno disfrute de su Derecho a la Autonomía que la otorga la Carta Política en el artículo 69, sin desconocer el cabal cumplimiento de sus responsabilidades públicas como Entidad del Estado.

4. MARCO REFERENCIAL

La contratación, en general, es el desarrollo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y en este entendido cualquier persona puede contratar con otra sin respetar más límites que los que imponga la misma Ley, la moral o las buenas costumbres, lo que conocemos como el orden público; sin embargo, cuando se trata del discurrir de la administración pública existe límites para su actuar; en el entendido de que sólo puede hacer lo que la Ley le autoriza, toda vez que está sujeta al principio de legalidad, pues no puede realizar su discurrir libremente, sino en atención a los preceptos legales que se lo ordena o autoriza, atado de esta manera al régimen de competencias.

Esta restricción a lo público, es simplemente, el cumplimiento de lo preceptuado en la carta política, que propugna por asegurar el interés general, la República y la sujeción de las autoridades públicas a la Ley

Colombia, de una parte, como Estado Social de Derecho se fundamenta en el Principio de Supremacía consagrado en el Artículo 4º de la Constitución Política, mediante el cual se determina que la Carta Superior prevalece sobre las demás normas. En este orden de ideas, y en virtud del citado principio, es pertinente sostener que toda norma del ordenamiento jurídico debe estar acorde con las disposiciones de carácter superior del sistema. Lo anterior implica, además, que todas las normas que conforman la estructura jurídica deben ser compatibles con lo dispuesto en la Constitución Nacional. Esto tiene como objetivo la coherencia del ordenamiento jurídico y por lo tanto su seguridad y certeza.

Al respecto son validas las apreciaciones del doctrinante José Cretella, quien ha manifestado que, *"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*¹. De esta manera, teniendo en cuenta que la Constitución Política tiene como fin lograr el bien común, todas las normas vigentes, como las leyes o los decretos, deben ser consecuentes con este espíritu.

De otra parte, en concordancia con el principio general del derecho que establece que una vez la ley ha sido expedida conforme a los procedimientos legales debe ser acatada obligatoriamente por parte de sus destinatarios, la Corte Constitucional ha manifestado que, *"El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva"*²

Conforme con lo expuesto, el ejercicio de la administración pública en materia contractual, se debe ajustar a los parámetros y directrices de la Ley General de Contratación (Ley 80 de 1993), donde se consagran los principios y la forma como se debe realizar un contrato estatal, planteando su desarrollo bajo el esquema de una coexistencia entre el derecho privado y el derecho público. Toda entidad del Estado, debe observar estos principios y formalidades, por tratarse de normas del derecho público, pero a la vez, con las flexibilidades propias del derecho privado, si se tiene en cuenta el contenido del artículo 13º: *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley"*. Como puede observarse, las entidades del Estado en materia contractual, en principio, se circunscriben en el marco de la autonomía de la voluntad, sin dejar de lado las reglas básicas que regulan lo público.

¹ <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2002/Junio/02040142.htm>

² Sentencia C- 600 de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Las entidades públicas se ven con mayor frecuencia en la necesidad de contratar con el sector privado, para el desarrollo de sus actividades, por motivos de carácter técnico y económico, debido al cambio de la concepción ideológica propiciada por la globalización de la economía, lo que las conllevó a la regulación un poco más igualitaria en materia contractual con los particulares al menos en teoría, por eso se verá brevemente lo que entraña el concepto de autonomía de la voluntad.

4.1 AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

El tema de la autonomía de la voluntad es piedra angular de todo el derecho privado, este principio alcanza su máxima expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil, que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de Ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento o por causas legales.

De conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad privada a la cual se refiere el citado artículo 1602, aplicable también a los contratos mercantiles por expresa disposición del artículo 822 del código de comercio, los particulares libremente determinan el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Sin embargo, no obstante el principio general anterior, debe tenerse en cuenta que, el Estado a través de normas de orden público puede limitar esta autonomía e imponer a los particulares algunas reglas bajo las cuales deben ejercerla, por su propia seguridad y la de terceros.

La concreción de tales restricciones la tenemos en dos grandes conceptos: la moral y el orden público. De ahí que nuestro Código Civil haya estatuido en su artículo 16: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

- LA MORAL

Ha sido constante preocupación de las legislaciones el exaltar que los negocios entre particulares deben celebrarse sin lesionarse las buenas costumbres (boni mores). Tal noción fue predicada desde los romanos y reconocida en los artículos 6º y 1387º del código francés. El nuestro, inspirado en la codificación napoleónica, consagró el mismo principio en los artículos 16, 1518, inciso 3, 1524, inciso 2, 1532 y 1533, pero quizás los juristas que hicieron un estudio más detenido y especial sobre tal concepto fueron los alemanes, quienes al intervenir en la elaboración del código alemán de 1900 lo consagraron en dos textos legales: el 138 que prohíbe todo negocio inmoral, o, lo que es lo mismo, lesivo a las buenas costumbres y el 826 que ordena indemnizar el daño causado contra las buenas costumbres.

Cabe entonces preguntarnos ¿Qué se debe entender por buenas costumbres? Von Thur responde que es "*el parecer de todos los ciudadanos que juzguen según la equidad y la justicia*"³, es decir, es la conciencia popular general la que suministra el punto de partida para examinar si un negocio es inmoral o no. Dicho en otras palabras, son los hechos vistos por medio de la opinión común. De ahí que cuando una regla moral es conculcada vuelven la conciencia y la opinión general.

Por ello es que la regla moral ha dado origen a ciertas aplicaciones, que aún en el más puro individualismo no tuvieron cabida, sin embargo en la actualidad el derecho trasunto de las aspiraciones de los pueblos las ha puesto en práctica y a ello se debe el desarrollo palpable y tan amplio de las instituciones como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin justa causa, la teoría de los móviles dentro del estudio de la causa, la teoría de la imprevisión, la lesión en los contratos y algunas otras más.

³ Citado por JAIME HUMBERTO VELA CAMELO. Invalidez e ineficacia del negocio jurídico. Bogotá : jurídica Radar Ediciones, 1989. p. 9

Por esto la doctrina y la jurisprudencia, en desarrollo de los textos legales, han clasificado como convenciones inmorales aquellas que hacen relación sobre la vida, la salud, o la libertad, las que pervierten un fin noble, las relativas a la moral sexual (por ejemplo las que tratan de prolongar el concubinato); las celebradas sobre juegos y tráficos de influencias, y, para no ir más allá en aquellas que tratan de excluir la responsabilidad y que nuestros textos positivos sanciona con invalidez (Artículos 1522, 1526 y 1950 CC.).

- ORDEN PÚBLICO

La segunda gran limitación que sufre la autonomía de la voluntad está constituida por la noción de orden público, sobre la cual se han dado diferentes conceptos, siendo de interés destacar aquel que indica como orden público la existencia de ciertas normas que no pueden ser derogadas por los particulares debido al fuerte valor que les otorga el Estado y la misma Sociedad, cuyo cumplimiento es indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la seguridad interna de la nación. Por eso la gran transgresión de dichas normas está sancionada con la nulidad absoluta.

Tales normas, reconocidas por lo general como de derecho público, hacen relación a la organización y funcionamiento de la administración pública, las reguladoras y garantes del orden político, económico y social de un Estado. Sin embargo, lo anterior no significa que en el Derecho Privado no existan iguales preceptos, por el contrario también encontramos en estas esferas disposiciones relativas al orden público y son aquellas en donde el Estado también tiene vivo interés en su estricta observancia y que hacen relación al estado civil de las personas, a la organización de las familias, a las relaciones laborales y a la moralidad de los contratos.

De ahí, que en desarrollo de estos principios se hallan clasificado las normas en imperativas y elásticas, admitiendo esta última una división en tres categorías: las interpretativas, las supletivas y las transfigurativas.

- APLICACIONES DE ESTOS PRECEPTOS

En las normas imperativas existen unas que responden al nombre de perfectas, porque su inobservancia está sancionada con la inexistencia o nulidad absoluta, entre las cuales podemos citar la prohibición a los absolutamente incapaces de declarar por sí mismo su voluntad; también lo serían aquellas promesas de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, ya que dichas convenciones caerían bajo la sanción de nulidad absoluta por contener un objeto ilícito.

Hay otras normas dentro de las imperativas que reciben el nombre de imperfectas, ya que establecen una sanción menos grave que las primeras, pues no vician por completo el acto.

En cambio las normas elásticas tienen como finalidad interpretar, suplir o regular la voluntad de las partes con el objeto de determinar sus efectos. Es ejemplo de ellas las reglas establecidas en el título XIII libro IV del Código Civil, que trata "de la interpretación de los contratos"; igualmente podríamos citar las reglas que establecen ciertos contratos para suplir el silencio de las partes cuando no se ha establecido un régimen especial que gobierne sus relaciones en las obligaciones contraídas. Así tenemos que si el arrendador no ha facultado al arrendatario para que subarriende se debe entender que se prohíbe tal acto (artículo 2004 CC). Igualmente en caso de silencio de las partes en el contrato de compraventa, en lo que hace relación al saneamiento en caso de evicción, es entendido que el vendedor debe responder por los vicios que pueden dar origen a dicha obligación de saneamiento.

En resumen, las normas elásticas son aquellas que se han establecido para dirigir la voluntad de las partes y que por consiguiente no son de estricto cumplimiento, como si lo son las normas imperativas, las cuales constituyen verdaderos límites a la autonomía de la voluntad.

4.2 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La excesiva reglamentación del antiguo estatuto contractual (Decreto 222 de 1983), produjo como resultado, por su carácter asfixiante, que se expidiera la ley 80 de 1993, constituida básicamente como una ley de principios que otorga una mayor libertad para desarrollar la actividad contractual del Estado, debido a la consagración de la autonomía de la voluntad. La ley 80 de 1993 se apoya sobre postulados fundamentales, constituyéndose así, en una verdadera ley de principios, otorgando un contexto de mayor libertad para actuar a las entidades estatales y dejando de lado el excesivo y asfixiante determinismo.

De esta manera el Artículo 23 de la ley 80 de 1993 enumera los principios básicos sobre los que se apoya la actividad contractual del Estado Colombiano el cual prescribe:

"DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo".

1. Principio de Transparencia.

Este principio da cobertura a los demás principios y tiene como finalidad evitar la inmoralidad y la corrupción en la administración pública. Es aquel que impone a los agentes del Estado garantizar a la sociedad un trato en igualdad de condiciones, ajeno a favoritismos o parcialidades, razón por la cual también se le identifica como el principio de la imparcialidad. Cuando se oculta una inhabilidad o incompatibilidad no se está siendo transparente. Cuando se rechaza una oferta a la persona que se le considera un enemigo o se otorga un contrato al familiar o al amigo tampoco se

actúa con transparencia. Por el contrario, existe y se hace realidad el principio de la transparencia cuando se difunden los procesos licitatorios o cuando se da aplicabilidad al concepto de la selección objetiva donde todos los interesados se sienten en igualdad de condiciones o capacidades para ofrecerle sus servicios al Estado.

Además de estar la transparencia relacionada con la imparcialidad igualmente está vinculada con el principio de la Publicidad, pues si hay algo publicitario es la contratación; esto se ve en los diferentes avisos; en las distintas audiencias que se celebran en el proceso licitatorio. Ocultar la contratación sería no ser transparente.

2. Principio de economía.

Tiene su fundamento legal en la década del 83 al 93, particularmente con el Decreto 01 de 1984 que, a través del artículo 2º, ordenaba al Estado ajustar su actuación a los principios de celeridad, eficacia, economía; pero realmente no existía una norma en el orden constitucional que hiciera referencia a este principio, el cual se elevó a norma superior con la Carta Política de 1.991 (artículo 209).

En la actualidad tiene su desarrollo en muchas manifestaciones previstas por el artículo 25 de la Ley 80/93 como por ejemplo en lo referente a la supresión de trámites. Se cancelaron muchos trámites que hacían dispendioso el proceso, en cuanto a intervención de organismos corporativos, que ya no intervienen como lo hacían en la década del 83 al 93 ahora se limitan a autorizar y a ejercer su control político. Se ve también en el papeleo, ya no se exigen tantas copias, cuando se dosificaron todos los riesgos o amparos en un solo texto para evitarle al contratista tantos viajes a una compañía de seguros (póliza única).

3. Principio de responsabilidad.

El hacerse extensivo el principio de autonomía de la voluntad a la actividad contractual del Estado significó un cambio de régimen y

de la concepción del mismo, implicando mayor libertad a las entidades al momento de contratar, con la consecuente lógica de la eliminación de los excesivos controles previos y de tutela, que hacían asfixiante las relaciones contractuales del Estado; sin embargo, esto significa que los funcionarios públicos, al tener una mayor libertad deben ser más responsables a la hora de actuar, apoyándose de esta manera en un sistema fuerte de responsabilidad personal, tanto del agente público como del contratista.

La responsabilidad de los servidores públicos, tiene su esencia en el artículo 90 de la Constitución Política pero, independientemente del artículo 90, existen otros artículos como son el 6 ibídem⁴, que es la cláusula general de la responsabilidad tanto de los particulares como de las autoridades públicas; el 110, el 124 de la Carta; la Ley 678 de 2001 *"por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición"*

El artículo 110 Superior le atribuye al legislador todo el poder reglamentario en materia de responsabilidad. Infortunadamente esa norma constitucional no ha tenido su reglamentación para que determine los puntos de responsabilidad en forma individual.

El artículo 124 de la Constitución Magna hace referencia a la responsabilidad que pueden tener los representantes legales de las entidades descentralizadas y también deja a la ley la forma de establecer los puntos de responsabilidad contractual del Estado en estos organismos.

El artículo 90 de la Constitución Nacional, consagra: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le*

⁴ El artículo 6º de la Constitución nacional dice "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.". O sea que los funcionarios tienen dos causas de imputación, cuando desconocen la Constitución y cuando se extralimitan en el ejercicio de funciones.

sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste". De este precepto se concluye que la responsabilidad de los servidores públicos puede ser penal, disciplinaria y/o pecuniaria.

De la Responsabilidad Penal: En el concepto contemporáneo la responsabilidad penal no está aislada del quehacer contractual de los agentes del Estado; no es un tema independiente, sino que con los otros tipos, es integradora de la creación del derecho. En materia de contratos, existe la tipificación de un delito específico que es la celebración indebida de contratos, previsto en los artículos 408, 409 y 410 del Código Penal.

El delito de celebración indebida de contrato que es muy específico al estatal, se estructura sobre tres conductas dolosas. Desconocimiento del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408 del código penal); el obtener un provecho indebido a favor propio o en el de terceros (artículo 409 del Código Penal) y cuando no se cumplen los requisitos esenciales en el proceso de la contratación (artículo 410 del Código Penal).

Claro está, que en un contrato no solamente se puede estar incurso en una celebración indebida de éste, igualmente es posible que esa conducta se realice en concurso con otros delitos como el peculado, (cuando se utiliza una partida presupuestal que no corresponde al contrato, o cuando se compromete económicamente el contrato sin tener soporte suficiente), el cohecho, la concusión, el prevaricato o la falsedad (cuando por ejemplo se declara no estar incurso en ninguna inhabilidad y después se descubre que si lo estaba).

Son sujetos de la responsabilidad penal: En primer término son sujetos de responsabilidad penal el funcionario y el contratista que para los efectos penales, a este último, se le considera "servidor público" razón por la que se le aplican los mismos delitos y las mismas sanciones accesorias que al funcionario. En segundo lugar

están los terceros, que a su vez se clasifican en los funcionarios que intervienen en el conjunto de la contratación desde la formación hasta la terminación del contrato (el Jefe de Planeación; el Interventor; el Jefe de presupuesto; los Auditores, los funcionarios del Control Interno; los funcionarios de la Oficina Jurídica, el Tesorero como ordenador del pago, los gerentes financieros, etc.); y los asesores que emiten conceptos decisivos o vinculantes para que el funcionario firmara el contrato.

De la Responsabilidad Disciplinaria: La responsabilidad disciplinaria es exclusiva del funcionario público, entonces aquí hacemos abstracción de la entidad, siendo sujetos de la responsabilidad disciplinaria únicamente el funcionario y los terceros que son funcionarios, cuando han incurrido en conductas objeto de sanción disciplinaria, sea por el desconocimiento u omisión de sus deberes y obligaciones o por la extralimitación de sus funciones.

En este orden de ideas, solamente hay dos sujetos de responsabilidad disciplinaria: el funcionario (Representante legal) y los funcionarios terceros. La responsabilidad se da porque el funcionario desconoció un deber; violó una prohibición o incumplió con algunos derechos fundamentales previstos dentro del marco de la función pública.

De la Responsabilidad Pecuniaria: Ésta es la responsabilidad de todos, es erga omnes; porque la tiene todos los sujetos, incluyendo la entidad; es el único caso donde la entidad es sujeto de responsabilidad.

Esta responsabilidad tiene sus particularidades para los servidores públicos y los contratistas, pues los servidores públicos son responsables en materia económica siempre y cuando exista un comportamiento doloso o gravemente culposo, y responden frente al Estado no como una indemnización, porque el Estado ya ha indemnizado a la víctima, sino como una sanción que busca la moralización de la administración pública. Mientras los contratistas, responde por todas sus faltas bajo el régimen común general de la responsabilidad ⁵

⁵ BENAVIDES, José Luis. *El contrato Estatal*, Universidad Externado de Colombia. s.p.i. p. 195 – 209.

4. Deber de selección objetiva.

Debió estar este principio incluido en el principio de transparencia. En este deber; se hace abstracción de las personas o de las posiciones particulares de los funcionarios o de los contratistas.

Se refiere a la obligación que tienen las entidades de escoger de manera objetiva a sus contratistas, parte del entramado que genera las relaciones económicas a partir del cambio de concepción ideológica en la participación de los particulares en el desarrollo de los fines contractuales del Estado. Plantea la existencia de un trato más igualitario que permita la participación de todos en igualdad de condiciones, como un derecho fundamental de los colombianos y estandarte del Estado democrático. Es la igualdad de todos ante la ley.

Entonces, objetivo es lo sano, lo que est desprovisto de intencionalidad, de favorecimiento personal, que no es acomodado. El fin del principio de selección objetiva es lograr la propuesta más favorable para el Estado y la participación de los particulares con trato igualitario, en procura de los intereses por lo que propugna cada uno de estos extremos contractuales.

4.3 REGIMEN DE EXCEPCIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Para el desarrollo de Derechos Constitucionales como el de la educación y la autonomía de las universidades estatales u oficiales, se consagró una excepción constitucional y legal a la regla general de la contratación estatal en el sentido de que estas entidades no se regirán por la Ley 80 de 1993, sino por la Ley 30 de 1992, que tiene como propósito lograr el cumplimiento de la misión y función especial que tienen tales instituciones dentro de los desafíos del Estado.

En vista de esto la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de algunos apartes de la Ley 30 de 1992, ha preceptuado lo siguiente:

A primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del mencionado estatuto general de contratación de la administración pública; sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, de las cuales, justamente, hacen parte las demandadas. No ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, pues como se expresó en el párrafo anterior, por tratarse de establecimientos públicos, su régimen contractual es el contenido en el estatuto precitado. La Corte considera que no le asiste razón al demandante, pues los mandatos acusados no infringen el inciso final del artículo 150 de la Carta, y por el contrario son pleno desarrollo del artículo 69 ibídem, que garantiza la autonomía universitaria y autoriza al legislador para expedir un régimen especial aplicable a las universidades estatales, lo que permite que en materia contractual se rijan por disposiciones distintas de las que se consagran en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993-.⁶

En este orden de ideas, los contratos de las universidades del Estado no se guían por los procedimientos y las ritualidades de la Ley 80 de 1993, lo cual significa que para la celebración de los contratos ellas están sujetas al ordenamiento del derecho civil y comercial, o lo que es lo mismo, tienen plena facultad legal y constitucional para contratar con el desarrollo de la autonomía de la voluntad igual que un particular cualesquiera, sólo con el cuidado de no descuidar las reglas del presupuesto y lo referente a los contratos de empréstito, tal como está consagrado en los artículos 93 y 94 de la Ley 30 de 1992.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-547 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

La categoría especial otorgada por la Constitución Política y la Ley a las universidades públicas les permite contar con instrumentos jurídico administrativos propios de su autonomía. El artículo 57 de la Ley 30 de 1992, consigna una categoría jurídica especial para las universidades estatales, las cuales a partir de la vigencia de la norma debieron proceder a reestructurarse como Entes Universitarios autónomos.

Dichos entes, conforme con las directrices establecidas por la citada Ley, tienen las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera y patrimonio independiente; además, pueden manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponde.

Si se entiende que la autonomía se traduce para las universidades públicas en la posibilidad "de hacer" de acuerdo con sus necesidades y con miras a la materialización de sus singulares objetivos, su definición jurídica cobra especial importancia, pues ella delimita el marco dentro del cual puede ejercer esta prerrogativa sin desvirtuarla y le determina los instrumentos jurídico-administrativos de los que disponen para el efecto.

Es innegable que la experiencia de las universidades oficiales en tanto establecimiento públicos no fue afortunada, su desarrollo académico y el ejercicio de la autonomía que le es consustancial se vieron obstaculizados por la constante necesidad de ajustar sus objetivos a una estructura inadecuada, que no correspondía con los que le son propios; de hecho una de las funciones que la determina la investigación, no pudo lograr un desarrollo fluido y racional en dicho esquema jurídico-administrativo, razón por la cual uno de los objetivos específicos de la Misión de la Ciencia y Tecnología, fue diseñar y establecer mecanismos jurídicos de excepción que le permitiera, a las universidades, cumplir con esa primordial tarea, al efecto, se expidieron los Decretos 590 y 591 de 1990.

En armonía con la nueva categorización que la Ley dio a las universidades públicas, ella misma les señaló el régimen de contratación que deben aplicar. En efecto, el legislador quiso proveer a las instituciones públicas de educación superior de la capacidad para contratar bajo los presupuestos de la ley que regulan las relaciones entre los particulares, con el fin de hacer más expeditos y eficaces los procedimientos a seguir y en consecuencia

viabilizar una actitud más competitiva y articulada a las necesidades y expectativas del contexto.

Es así, que se debe entender el concepto de autonomía universitaria, como un Derecho que permite a las Universidades la potestad de darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar, y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar su labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores y admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

4.4 AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La autonomía es consustancial a la institución universitaria, hasta el punto que una universidad carente de autonomía parecería una contradicción en los términos. Así lo reconocen de manera expresa la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En una de sus sentencias, la Corte valora el principio de autonomía universitaria *"como uno de los pilares del Estado democrático, pues sólo a través de ella las universidades pueden cumplir la misión y objetivos que le son propios: Contribuir al avance, apropiación y socialización del conocimiento"*⁷

La autonomía designa a las Universidades Estatales la capacidad de autogobierno responsable, en función de las tareas estrechamente vinculadas con su razón de ser y con sus obligaciones hacia la sociedad, como la creación, socialización y reproducción de conocimientos, y la formación integral para el ejercicio de las profesiones, las artes o la investigación de acuerdo con valores de dignidad, respeto y solidaridad.

La toma en serio de la autonomía de la Universidad es incompatible con el sometimiento a instancias externas – gobiernos, iglesias, grupos políticos, grupos armados - en lo relativo a la organización

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 de 1997, Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz

de sus actividades específicas, el ejercicio de la docencia y las estrategias investigativas. Pero le exige al mismo tiempo la obligación de asumir con seriedad y responsabilidad su rol en el seno de la sociedad y de utilizar de manera eficiente sus recursos para ampliar la cobertura en docencia, impulsar el trabajo investigativo y socializar los conocimientos para una comunidad más amplia.

El poder gubernamental debe abstenerse de interferir en la dimensión propiamente académica de la vida universitaria, so pena de transformarse en un poder despótico y totalitario. Entre los rasgos peculiares del poder despótico se encuentra precisamente la tendencia a controlar, colonizar y someter las diferentes instancias e instituciones de la sociedad civil, y en especial las universidades, con el fin de ganar un aliado valioso para el monopolio del poder ideológico. Un Estado de derecho respetuoso de la democracia debe limitarse, en cambio, a ejercer un control para que se cumplan ciertas reglas de juego limpio en cuanto a la contratación de profesores, el uso racional y responsable de los recursos, la ampliación de los cupos estudiantiles sin comprometer la calidad académica, etc.

La autonomía del trabajo universitario resulta incluso indispensable para la realización de metas ambiciosas a largo plazo, que se verían perjudicadas en caso de quedar condicionadas en su ejecución al arbitrio voluble de los gobernantes de turno. Como bien lo expresan los magistrados de la Corte en la sentencia ya mencionada, la Universidad es autónoma en cuanto a la producción y adecuación de conocimientos, y *"tiene su propio ethos, su singular sistema de valores, sus prioridades, los cuales no siempre, casi nunca, coinciden con los de la sociedad o con los del Estado en el que funcionan"*.

La Carta política, en su artículo 69, le reconoce a la Universidad *"el derecho a autogobernarse y autodeterminarse"*. De manera más específica, consagra la libertad de la Universidad Pública en cuanto a la determinación de sus estatutos, la definición de su régimen interno y de los mecanismos relativos a la elección del personal directivo, el nombramiento de los profesores, el establecimiento de los programas de desarrollo, la aprobación del presupuesto, y el diseño e implementación de determinados planes de estudio.

Los autores del texto constitucional se preocuparon por asegurarle a la Universidad cierto grado de independencia frente al poder coyuntural del gobierno de turno, cuyo papel debe limitarse a velar por el cumplimiento, por parte de la Universidad, de sus fines propios y en especial de la formación moral e intelectual de los estudiantes. Para garantizar este margen de independencia se han catalogado a las universidades como *"órganos autónomos que no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público"*. En la sentencia de la Corte ya mencionada (C-220 de 1997), los magistrados aclaran que las universidades del Estado deben quedar libres frente a las interferencias del poder político, y por consiguiente no deben ser concebidas *"como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo"*. Ellos ponen especial cuidado en precisar que el carácter autónomo que les reconoció el Constituyente a las universidades es incompatible con el denominado control político del Congreso de la República sobre los Establecimientos Públicos.

Las Universidades están obligadas, por supuesto, a someter su gestión al control social y estatal, pero por medio de *"unos mecanismos de control especiales, que al ser aplicados no atenten contra su naturaleza y que tengan en cuenta la singularidad que caracteriza el sujeto que en ese caso se controla, un ente al que se le reconoce capacidad de autodeterminación"*. Los magistrados llegan incluso a afirmar que la actividad investigativa desarrollada en el seno de las universidades, *"no puede estar orientada por la racionalidad que predomina en los administradores de la cosa pública, que buscan por lo general como objetivos fundamentales de su gestión, mayor calidad, mayor cobertura, menores costos y optimización, en el sentido de reducción de sus recursos, en pro de resultados específicos plenamente predecibles"*. En últimas, el precio pagado por recibir recursos por parte del Estado no puede ser la entrega de las decisiones académicas acerca de su marcha y desarrollo en manos de personas directamente vinculadas con el poder gubernamental.

Parte esencial de este derecho al autogobierno es la autonomía presupuestal, es decir la libertad responsable en la elaboración y ejecución de sus presupuestos de funcionamiento e inversión. Dicha libertad debe ser especialmente defendida frente a las directrices

impuestas por el Gobierno central, y en especial por el Ministerio de Hacienda. En casos extremos el Gobierno podría reducir el monto global del gasto público, pero no está en su poder decidir la forma como esta reducción repercute en los presupuestos de las diferentes universidades.

Más allá de los postulados generales, en la práctica se torna de vital importancia precisar el alcance de la autonomía universitaria, y sobre todo la clase de controles o restricciones legítimas, que no afectan el núcleo esencial de esta libertad responsable. Resulta de toda forma imprescindible que el alcance de estas restricciones quede claramente determinado por la ley. Todo parecería indicar que cierta clase de controles externos, realizados no con una actitud fiscalizadora y represiva sino con el propósito de garantizar la transparencia en la elaboración y ejecución de los presupuestos, no es incompatible con el espíritu de la autonomía universitaria y puede transformarse incluso en un dique adicional frente al peligro de despilfarro o falta de planificación en el uso de recursos públicos.

En la sentencia sobre autonomía universitaria varias veces citada (C-220 de 1997), los magistrados de la Corte descartan *"una constante interferencia del ejecutivo en el quehacer de la Universidad, que se traduce, en un continuo control de sus actividades por parte del poder central, inadmisibles en el caso de las universidades"*. Sin embargo, no le ven inconvenientes a unas medidas de control externo sobre la utilización de los recursos. Es igualmente razonable cierto tipo de control por parte de pares externos, para legitimar decisiones en cuanto a planes de estudio de pregrado y postgrado, proyectos de investigación, políticas de publicaciones o planes de extensión. La intervención de pares no desvirtúa el núcleo esencial ni el espíritu de la autonomía universitaria, caracterizado por la comunicación y el diálogo con los miembros de una comunidad del saber que desborda los límites de la institución con la que tienen vinculación laboral. El sujeto moral de ninguna manera reduce o recorta su autonomía o mayoría de edad cuando acude al consejo de otros en casos de dilemas o dudas.

De manera análoga, la colaboración en términos de igualdad entre instituciones e investigadores acaba por enaltecer, más que perjudicar, la autonomía de los centros universitarios y de los profesores e investigadores adscritos a ellos.

Constituyen en cambio limitaciones inaceptables, que desvirtúan el núcleo de la autonomía universitaria, el sometimiento de los planes, programas o proyectos de investigación al juicio de burócratas sustancialmente ajenos al trabajo académico; las interferencias del ministro de turno con decretos diseñados "desde arriba", y de manera inconsulta, para someter la carrera universitaria a criterios ajenos al espíritu académico, y que podrían desestimular – en caso de ser implementados – el trabajo investigativo y la misma vinculación de los más capaces a la vida académica; las ya mencionadas políticas de estímulo a la demanda, que acaban por afectar la viabilidad financiera, y por ende la autonomía de hecho o real de las universidades públicas.

5. MARCO LEGAL

➤ **Constitución Política de Colombia de 1991**

- Artículo 4 La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Las normas consagradas en la constitución se aplicarán de preferencia sobre cualquier otra norma, de ahí que este artículo reafirme la preponderancia de la constitución en nuestro sistema jurídico, por lo tanto este enunciado normativo no necesita de ninguna otra explicación ni profundidad.

- Artículo 6 Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones

Se vincula la responsabilidad de los particulares y los servidores públicos, por violación de la constitución o las leyes.

- Artículo 67 La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación, y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.

En este precepto constitucional se consagra la obligación del Estado de ejercer la suprema inspección y vigilancia con el fin de asegurar su calidad.

- Artículo 69 Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.
La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

En este artículo se desprende todo el andamiaje jurídico de las universidades estatales u oficiales y se consagra a nivel constitucional el principio de autonomía universitaria, desarrollado posteriormente por la Ley 30 de 1992. Ahí se da la posibilidad de que las universidades se rijan por sus propios estatutos para el cumplimiento de sus específicos objetivos.

- Artículo 90 El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Este precepto normativo es el punto de partida de la responsabilidad del Estado y de sus servidores, en este estudio es de vital importancia puesto que los servidores pueden verse vinculados a procesos de responsabilidad, debido a sus actos.

Este artículo constitucional es la base de uno de los principales principios de la contratación estatal como lo es la responsabilidad.

- Artículo 123 Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

De aquí obtenemos los criterios para saber quienes son los servidores públicos, encontrando que quienes prestan sus servicios a las universidades del Estado ostentan esta calidad.

- Artículo 209 La función administrativa está al servicio de los intereses generales y 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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Estos son principios de rango constitucional que rige toda la función administrativa del Estado y que no pueden ser desconocidos por los servidores públicos.

➤ **Ley 30 de 1992, Ley de Educación Superior**

- Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes autónomos, con régimen especial vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen

de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley.

Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.

En este artículo se da la posibilidad a las universidades de expedir el régimen de contratación para las universidades del Estado.

- Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente Ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifique, complementen o sustituyan.

De acuerdo a este precepto normativo las universidades en materia de contratación se rigen por las normas del derecho civil y comercial según la naturaleza de los contratos, lo que constituye el principio de la contratación en las universidades del Estado, ampliamente justificado en la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 constitucional.

- Artículo 94. Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el diario

Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a éste haya lugar.

Aquí se pone en regla la contratación del Estado con las leyes del presupuesto y el debido respaldo presupuestal de las obligaciones que contraigan las universidades para no ver posteriormente comprometida la responsabilidad de la institución.

➤ **Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa.**

▪ ARTICULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

▪ ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, 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 1000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un

presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta.

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

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

l) Los contratos que celebren las entidades estatales 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.

m) 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 esta ley.

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

9o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

PARAGRAFO 1o. Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1o. del presente artículo, no impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

PARAGRAFO 2o. El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

PARAGRAFO 3o. Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.

▪ ARTICULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMIA. En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar

la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9 y 313, numeral 3o., de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes .

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se

originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad

explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación

18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este

sentido se adoptará mediante resolución motivada.

20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

▪ ARTICULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

10. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

20. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

30. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

40. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los

mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

- ARTICULO 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las

medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

- **ARTICULO 28. DE LA INTERPRETACION DE LAS REGLAS CONTRACTUALES.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.
- **ARTICULO 29. DEL DEBER DE SELECCION OBJETIVA.** La selección de contratistas será objetiva.

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

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o

de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

6. CONFORMACIÓN DEL CONTRATO

Las actividades de los particulares y especial la relativa a la celebración de contratos está fundamentada en la voluntad de las partes, de ahí que la obligatoriedad de estos contratos surja de la voluntad de que son soberanas cada uno de las contratantes y su conformación y celebración se circunscriba en el principio de la autonomía de la voluntad sin más limitación que el orden público, de esta forma el código civil, en su artículo 1602, enuncia que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, colocando de una manera particular el acuerdo de los particulares en el mismo plano que la ley.

La ley 80 de 1993, que consagra el régimen general de la contratación pública administrativa, introdujo el principio de la autonomía de la voluntad para la celebración de los contratos administrativos; sin embargo, como contratos del Estado que llevan envuelto el interés general, la ley diseñó unos procedimientos especiales para su conformación, tendientes a proteger dicho interés, para lo cual previo a la celebración de un contrato estatal se debe cumplir con lo siguiente:

1. Correcta planeación que nos determine su necesidad y conveniencia
2. Preceder un proceso que nos permita recoger la mejor oferta del mercado, generalmente Licitación o concurso público.
3. Cumplir con las reglas del presupuesto.

Estas características no quedan enmarcadas sólo en este aspecto pues adicionalmente se enviste de facultades especiales a la administración, que la ley denomina excepcionales, para que pueda garantizar la correcta ejecución del contrato. Por lo tanto, en atención a estas reglas se le permite a la administración adoptar las medidas tendientes a lograr el cumplimiento del fin estatal que persigue el contrato sin acudir al juez, entonces la misma entidad puede en forma unilateral: interpretarlo, modificarlo, declarar su terminación o decretar su caducidad.

Las universidades estatales u oficiales, no están en la obligación de acatar el régimen establecido en la Ley 80 de 1993 para las entidades del estado, por tratarse de una excepción fruto del desarrollo del artículo 69 de la Constitución Nacional que reconoce y garantiza la autonomía de las universidades y que a su vez, faculta al legislador para expedir un régimen especial para las universidades del Estado, tarea que realizó nuestro congreso con la expedición de la ley 30 de 1992. Esta ley posibilita que las universidades oficiales contraten como si fueran particulares sin más restricción que las reglas del presupuesto y los contratos de empréstitos para lo cual si lo dejó expresamente en la regulación del Decreto Ley 222 de 1983 o las normas que lo adicionaran o sustituyeran en este caso la Ley 80 de 1993.

Lo anterior significa que se debe analizar cuál es realmente la libertad que otorga esta excepción al momento de celebrar un contrato, cómo se determina el contenido contractual y qué posibilidades existen frente a la plena aplicación de las normas civiles y comerciales en la formación de un contrato.

6.1 LIBERTAD PARA CONTRATAR

Desde el punto de vista filosófico la libertad para contratar se enmarca en los postulados del liberalismo, en el entendido de que los hombres nacemos libres e iguales en derechos, por lo tanto, no puede existir más límite para nuestras acciones que aquellas que nosotros mismos nos proporcionamos o imponemos y las que nos exige el respeto por los derechos de los demás, en este sentido, lo que consentimos libremente, haciendo uso de nuestra soberanía de la voluntad, debe equipararse con la ley, pues los derechos subjetivos, proceden de la naturaleza autónoma del hombre y gracias a su voluntad.

Con la aplicación de este principio de la autonomía de la voluntad a las relaciones contractuales de la administración pública, se da un mayor dinamismo a la actividad contractual haciéndola menos asfixiante. Las entidades estatales son tratadas ahora como mayores de edad, con más responsabilidad, de ahí que los controles

de tutela se hayan eliminado y los controles de gestión que antes eran previos hayan pasado a ser selectivos y posteriores.

El Consejo de Estado, recuerda que la autonomía de la voluntad constituye un "*principio rector*" de los contratos del estado⁸, a partir del cual las entidades contratantes tiene un espacio de libertad para escoger diferentes tipos contractuales o incluir estipulaciones.

Este principio como se mencionó anteriormente es aplicable a las universidades estatales u oficiales lo que deja un amplio margen para la contratación, con algunas restricciones aplicables no sólo a las universidades, sino a todas las entidades del Estado colombiano, como la observancia del régimen de *inhabilidades e incompatibilidades* (A.) y la observancia de las *reglas del presupuesto* (B.), caso distinto del *registro de proponentes* (C.), el cual examinaremos más adelante.

En cuanto a la selección objetiva, consideramos que constituye una limitación más a la *libertad para la selección del contratista* (D.), que enmarca la autonomía de la entidad contratante, predicable igualmente de las universidades públicas como un deber de transparencia, por el compromiso de dineros públicos, durante la conformación del contrato.

Frente a las inhabilidades e incompatibilidades, el doctrinante José Luis Benavides nos enseña: "*la restricción de la capacidad contractual no es un tema exclusivo del derecho público. El derecho privado la conoce también en la medida en que toda autonomía está necesariamente enmarcada por el derecho positivo. Sin embargo, las limitaciones de la competencia de la administración y de la capacidad de sus contratistas revisten particularidades significativas. A las finalidades de protección de la transparencia y de garantía de imparcialidad de la administración hay que agregar las restricciones fruto de una racionalidad objetiva de la gestión contractual pública. El rigor de las reglas presupuestales impone una planificación estricta en todo contrato, y el rigor del régimen de*

⁸ CONSEJO DE ESTADO, auto del 23 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Diego Giraldo Londoño, expediente 701 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

*inhabilidades e incompatibilidades la exclusión de todo candidato más o menos indigno o próximo al responsable del contrato.*⁹

A. *inhabilidades e incompatibilidades*: la jurisprudencia define la inhabilidad como “la falta de aptitud o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con las entidades estatales” o como los “impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidad para el ejercicio del cargo”¹⁰ frente a las incompatibilidades la jurisprudencia la ha entendido como “prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo”¹¹,

Con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, según los planteamientos de la Corte Constitucional, tiene por objeto el cumplimiento de los principios de moralidad e imparcialidad previstos en el ordenamiento constitucional para la función administrativa¹², como se ve ésta es una institución inspirada en preceptos constitucionales y por lo tanto exigible a cualquier funcionario que tenga la capacidad para celebrar contratos de cualquier tipo de entidad del Estado, independientemente de su régimen de contratación, lo cual incluye por supuesto a las universidades oficiales; aquí se observa como cobra vigencia el principio de supremacía de la constitución al consagrarse como norma de normas.

En conclusión, se puede decir que la autonomía de las universidades públicas no las exime de la obligación de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los contratistas, pues en esta institución están comprometidos la moralidad pública y la imparcialidad administrativa, y torna vital

⁹ BENAVIDES, José Luis, El contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, página 255.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 1998, Ministerio del Interior, radicación 1097-98.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del 17 de mayo de 2001, Ministerio del Transporte, radicación 1346-01.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-221 del 16 de mayo de 1996, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

importancia por la defensa de los intereses públicos al excluir de los procesos de selección candidatos que tienen vínculos afectivos, profesionales o filiales con los servidores públicos que deciden sobre los contratos "pues dicha circunstancia no resulta conveniente ni sana para la correcta ejecución de los cometidos estatales de la contratación"¹³

- B. *Reglas del Presupuesto:* En el sector público todo gasto debe estar precedido de su aprobación por el organismo de elección popular, esto es, según la jurisdicción territorial de la entidad, el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales. Este es un principio que está consagrado en el inciso 2º del artículo 345 de la Constitución Nacional en los siguientes términos:

Artículo 345. (...)

Tampoco podrá hacerse gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

En el caso de las universidades del Estado, como se expuso en el marco referencial, en virtud de la autonomía universitaria que les es consustancial, tienen un patrimonio independiente y su propio régimen financiero¹⁴. Parte esencial de este derecho al autogobierno es la autonomía presupuestal, es decir la libertad responsable en la elaboración y ejecución de sus presupuestos de funcionamiento e inversión. Dicha libertad debe ser especialmente defendida frente a las directrices impuestas por el Gobierno central, y en especial por el Ministerio de Hacienda. Lo cual significa que corresponde a la misma universidad estatal aprobar su presupuesto, obligación radicada en el Consejo Superior Universitario según lo estipulado en el artículo 65 de la ley 30 de 1992.

Así también, la ley 30 de 1992 impone a las universidades una obligación expresa de cumplir con los "requisitos de aprobación y

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 28 de agosto de 1997, Alfonso Monsalve Rivera, t 349. Folios 158 a 174.

¹⁴ Artículo 57, Ley 30 de 1992

registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones"¹⁵, con todo esto se tiene que la universidades públicas estatales, tiene la misma obligación de toda entidad estatal de observar las reglas presupuestales, obligación que enmarcó la misma ley 30 de 1992 que desarrolla su autonomía universitaria y en este entendido se encuentra en igualdad con las demás entidades estatales.

- C. *Registro de proponentes*: sobre este particular la Ley 80 de 1993, estatuyo en el artículo 22 y en varios decretos reglamentarios como obligación que " todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro, y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción", esta obligación se complementa con la de la entidades contratantes de inscribir en el registro el detalle de los contratos ejecutados, esto es, su "cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones, igualmente se exige la constancia sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración". Nuevamente se hace alusión aquí a una restricción de la capacidad del contratista, que es de expresa creación de la ley 80 en su artículo 22.

Al respecto debemos concluir que por ser una disposición legal que no fue consagrada en el régimen de las universidades, no es de obligatorio cumplimiento de los entes universitarios autónomos, pues esta restricción de la capacidad del contratista no está prevista en las normas que le son exigibles a las universidades del Estado, fuera de plantear su conveniencia o no, tema que no concierne a esta investigación.

- D. *Selección del contratista*: como se ha afirmado anteriormente en el marco referencial, las entidades del Estado, debido a los grandes cambios de concepción ideológica y por la

¹⁵ Artículo 94, Ley 30 de 1992.

mundialización de la economía, está en la necesidad cada vez más imperiosa de contratar con los particulares. Frente a este particular el doctrinante José Luis Benavides manifiesta en su obra "El Contrato Estatal" que la contratación pública es una "actividad que concierne tanto los intereses públicos como privados". Y en este entendido es preciso encontrar un equilibrio que defina claramente las posibilidades de las partes contratantes, es así que encontramos que en un contrato estatal no se beneficia únicamente la entidad oficial, sino que el particular encuentra una satisfacción de sus intereses de tipo económico, por lo tanto es imperativo que se establezcan parámetros que permitan a todos los particulares interesados en contratar con el Estado, un ambiente de igualdad de oportunidades, traduciéndose en mayor transparencia administrativa, obedeciendo de esta manera mandatos constitucionales consagradas en el preámbulo de la Constitución Nacional y el artículo 13 *ibidem*.

Por eso, el deber de selección objetiva es una obligación de todas las entidades estatales llamense universidades públicas o no, pues en realidad lo que está en juego aquí es el derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos que conformamos el estado colombiano.

Lo que sí puede afirmar es que las universidades no están en la obligación de seguir las ritualidades establecidas en la ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios (licitación o concurso público), para la selección del contratista, pues su régimen especial, justificado en la autonomía universitaria, reconocida en el artículo 69 de la carta política, la saca de este marco jurídico para dejarlo únicamente en los postulados del derecho civil o comercial¹⁶; sin embargo, los entes autónomos universitarios deben establecer unos procedimientos objetivos que permitan una seguridad e igualdad a los aspirantes a contratar con ellas, a través de sus reglamentos o en los procedimientos para realizar la selección, de acuerdo con lo expuesto.

6.2 DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

¹⁶ Artículo 93, Ley 30 de 1992

El principio de autonomía de las partes, extendido por la ley 80 de 1993 a las entidades estatales¹⁷ e igualmente predicable de las universidades del estado en virtud de la ley 30 de 1992, que ordena que los contratos que celebren las universidades del estado se regirán por las normas del derecho civil y comercial¹⁸, permite incluir las cláusulas y modalidades contractuales que se consideren necesarias para el logro de los fines contractuales del Estado, lo cual indica que frente a este tema las entidades del Estado son completamente autónomas y equiparables a cualesquier particular.

Sin embargo, esta libertad hace más responsable a los gobernantes de las entidades, lo cual no desfigura la completa autonomía que poseen las entidades para determinar el contenido contractual, ni el tipo de contratos así como la materia objeto del contrato.

Pues la finalidad que ha tenido tanto la ley 80 de 1993 como la ley 30 de 1992, es permitir la flexibilidad en la contratación, para de esta manera ser más ágil en el cumplimiento de los cometidos estatales. Por esta razón enmarca el campo de la contratación en la autonomía de la voluntad que sólo conoce lindero, en este aspecto, en el campo de lo ilícito o de lo inmoral, o dentro del orden público.

6.3 CONTRATOS CONSENSUALES, ¿VIABLES EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS?

Ley 80 de 1993 artículo 39 exige que los contratos de las entidades estatales consten por escrito y el artículo 41 del mismo estatuto consagra: *Artículo 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (subrayado fuera de texto).*

Como vemos la posibilidad de realizar un contrato de carácter consensual con las entidades públicas regidas por la ley 80 es

¹⁷ Nota de autor: Esta competencia se extiende por que las entidades están facultadas para contratar de acuerdo con las normas del derecho privado

¹⁸ Artículo 93, Ley 30 de 1992

imposible amenos que se encuentre enmarcado en el supuesto que nos prescribe el inciso 4° de la misma ley: *"en caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante"*¹⁹.

Sin embargo, como se ha expuesto a través del desarrollo de la monografía, las universidades estatales u oficiales no están en la obligación de acatar lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, por esta razón para determinar la posibilidad de un contrato consensual dentro de las universidades debemos examinar las estipulaciones legales que regulan su régimen de contratos; en este caso, los artículo 93 y 94 de la Ley 30 de 1992 los cuales aparecen a continuación:

Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos.

Parágrafo. Se exceptúan de lo anterior los contratos de empréstito, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos por el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan.

Artículo 94. Para su validez, los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal, a la sujeción de los pagos según la suficiencia de las respectivas apropiaciones, publicación en el Diario

¹⁹ inciso 4° del Artículo 41, Ley 80 de 1993

Oficial y pago del impuesto de timbre nacional cuando a este haya lugar.

Del análisis de estos textos legales, tenemos que no existe ningún tipo de exigencia para las universidades de elevar sus contratos a escrito, aunque si hay que resaltar que es conveniente por cuestiones probatorias que los nexos negociales de este tipo de entidades conste por escrito, sin embargo como el régimen de excepción, que se consagra precisamente, haciendo sabias consideraciones sobre las específicas necesidades de las universidades públicas, esta posibilidad de realizar contratos consensuales, eso si con el respeto debido a las normas del presupuesto, se constituye en una herramienta que puede ser de gran utilidad para las universidades a la hora de satisfacer sus necesidades bien particulares y específicas de la actividad que desarrollan, quedando en plena libertad para realizar este tipo de contratos en tanto así lo permitan las leyes civiles o comerciales, sin olvidar, el deber que tiene como entidad del Estado de seleccionar objetivamente a sus contratistas.

7. RESPONSABILIDAD

Dentro de los marcos generales de la responsabilidad, El Constituyente consagró en el Artículo 6° y el artículo 90° de nuestra carta magna, lo que se considera las cláusulas generales de la responsabilidad tanto del Estado, de los particulares y de los servidores públicos.

Para nuestro estudio y análisis examinaremos lo concerniente a la responsabilidad de los servidores públicos, que tiene las riendas y la administración de los destinos de las universidades oficiales, para seguir en nuestra búsqueda de los alcances que tiene la autonomía universitaria y el régimen de excepción estipulado, en materia contractual.

7.1 RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO EN LAS UNIVERSIDADES ESTATALES

La responsabilidad de los servidores públicos es la herramienta que utiliza nuestro ordenamiento jurídico, en busca de un mejor funcionamiento de la administración pública, que permite que los funcionarios sean más diligentes en el desempeño de las funciones propias de su empleo, logrando con esto que se cometan, la menor cantidad de errores, ya que éstos serán acreedores a sanciones, teniendo en cuenta que la intencionalidad del servidor público sea dolosa o culposa, además del daño que ocasione a los particulares o al mismo Estado.

La responsabilidad de los servidores públicos es un mecanismo de control de la moralidad de la administración pública que persigue el cumplimiento de la constitución, la ley y los reglamentos, por parte de los servidores del estado, aclarando que ésta, se entiende no sólo en sus actuaciones, sino también en las omisiones que realice en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como lo

estipula el artículo 6° de la Constitución Nacional el cual prescribe que: *"los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por las mismas causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*, es así como el funcionario que omite en un proceso contractual en forma dolosa o gravemente culposa, el deber de la selección con parámetros objetivos de las propuestas que se presenten, será acreedor de una sanción disciplinaria, además si el Estado resulta condenado a realizar una reparación patrimonial por el daño antijurídico causado a un particular, también será acreedor a una sanción pecuniaria, sin descartar una posible sanción penal si hubiese lugar.

Consideramos que las personas que laboran en las universidades estatales, organizadas como entes autónomos, se encuentran enmarcados en la definición constitucional de servidor público establecida en el inciso primero del Artículo 123 de la carta política, el cual prescribe: *"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*. Por lo tanto deben cumplir con las mismas responsabilidades de todo agente del estado, ya que la autonomía universitaria no es causal suficiente de justificación para desconocer las responsabilidades que deben tener como cualquier funcionario público o administrativo, recalcando que por el contrario su responsabilidad se ve aumentada, teniendo en cuenta que a mayor autonomía que nos permita mayor margen y campo de acción, mayores son las responsabilidades y los cuidados que debe manejar los servidores en busca de la transparencia, celeridad, economía y en general la diligencia necesaria para el cumplimiento de todos los cometidos estatales.

8. PRERROGATIVAS DEL PODER PÚBLICO

Partiendo de la base que los contratos celebrados por las entidades del Estado se encuentran enmarcados dentro del principio de la autonomía de la voluntad, en el entendido de que se rigen por las normas civiles y comerciales, salvo las excepciones legales²⁰, ¿Por qué se habla de unas prerrogativas del poder público? ¿No se está acaso frente a un plano de igualdad con los particulares en materia contractual? Es obvio que con esto se quiere significar que existe una diferencia fundamental entre los contratos que suscriben las entidades públicas y los contratos pactados entre particulares, entonces cabría preguntarnos ¿Qué identifica los contratos estatales?

La Ley 80 de 1993, consagra las medidas que puede tomar la administración para garantizar la ejecución de un contrato, y en este entendido las ha denominado excepcionales al derecho común, entonces existen cláusulas en el derecho administrativo que no son comunes en el derecho privado, lo cual no significa que le sean extrañas, si no que su práctica no es habitual. ¿Por qué se consagran estas prerrogativas? La justificación no puede ser distinta que el servicio público y la prevalencia del interés general. Así es que el servicio público constituye el fundamento de las prerrogativas de la entidad estatal contratante, pues como ya lo hemos mencionado en capítulos anteriores los intereses del Estado no pueden ser distintos a los de lograr sus fines como son la prestación de los servicios públicos, el bien común y la sana convivencia, propósitos que interesan a toda la sociedad en general.

Estas cláusulas denominadas excepcionales por la ley, constituyen la posibilidad que tienen las entidades estatales contratantes para modificar, interpretar y terminar el contrato de manera unilateral y la potestad de decretar la caducidad del contrato cuando: *"se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave*

²⁰ Artículo 13, Ley 80 de 1993

y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización".²¹ Frente a estas facultades especiales de las entidades del Estado, consagradas legalmente y en vista de que deseamos indagar si las universidades con su régimen especial de contratación, se pueden ver amparadas por tales prerrogativas que se reconocen a las entidades del Estado, analizaremos si estas cláusulas son de recibo en los entes autónomos universitarios.

8.1 CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN LOS CONTRATOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Como lo afirmábamos anteriormente las cláusulas denominadas por la ley "excepcionales", como prerrogativa del Estado, no son cláusulas imposibles en el derecho privado, pues lo que es imposible en el derecho privado es lo que atenta contra el orden público y la moral, lo cual, por coherencia del sistema jurídico, lo haría imposible también al derecho administrativo, más cuando tenemos que la contratación estatal se rige por las normas civiles y comerciales con algunas excepciones legales.

Ahora bien, las universidades como lo hemos afirmado repetidamente no están en la obligación de acatar las normas contenidas en la ley 80 de 1993, ni su aplicación puede hacerse extensiva por el régimen de excepción dentro del cual se mueven los entes universitarios que como característica principal les resalta la autonomía.

Una de las características que le da la ley a las cláusulas llamadas excepcionales, es que son de la naturaleza de ciertos contratos estatales, como el de obra por ejemplo y, en este entendido, estas cláusulas se entenderán pactadas aún cuando no hayan sido escritas dentro del texto del contrato, así lo estipula el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

Artículo 14, Ley 80 de 1993.

1° (...)

²¹ Artículo 18, Ley 80 de 1993

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. (negrilla y cursiva fuera de texto)

Sin embargo, esta norma expresa, no es aplicable a las universidades estatales u oficiales, por cuanto están amparadas bajo su régimen de excepción consagrado en la ley 30 de 1992, en pleno desarrollo de la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Nacional. Por lo tanto aún cuando las universidades estatales celebren aquellos contratos que en el régimen general se entienden pactadas las cláusulas excepcionales, esta característica no será predicable de aquel contrato ni podrá decirse que es de la naturaleza de un contrato de obra que celebre una universidad pública, como si lo es de cualquier otra entidad que se rija por las disposiciones del régimen general de la contratación pública administrativa (ley 80 de 1993).

Para que las llamadas cláusulas excepcionales tengan plena operatividad en los contratos del Estado es necesario que sean estipuladas expresamente en el texto del contrato, como una condición negocial, consecuencia que se desprende lógicamente del análisis legal sin detenernos en la conveniencia, pues lo que propendemos aquí no es ver reducidas las posibilidades de las universidades en el cumplimiento de su misión y su función social, sino, que por el contrario buscamos alertar a los directivos de estos entes autónomos del cuidado que deben tener al pactar las condiciones y cláusulas del contrato, pues es fundamental

consagrar las medidas que se puedan utilizar y sean necesarias para el buen desarrollo del objeto contractual, so pena de ver comprometida su responsabilidad porque, como es obvio, las universidades ejecutan unos propósitos para el Estado y la sociedad que son de interés general y de obligatorio cumplimiento.

Como puede observarse las entidades del Estado, lógicamente entre ellas las universidades públicas, tienen la obligación de garantizar por los medios que le sean posibles el cumplimiento de los fines contractuales y si el régimen de excepción de las universidades no considera las denominadas cláusulas excepcionales como de la naturaleza de los contratos, éstas deberán pactarse por los ordenadores del gasto de las universidades dentro de los textos de los contratos a menos que no se quiera hacer uso de estas prerrogativas.

8.2 RESTRICCIÓN A LAS PRERROGATIVAS DEL PODER

PÚBLICO

En consonancia con los cambios de concepción de los modelos políticos y económicos, que entre otras cosas propició el cambio de concepción de la participación de los particulares en la contratación del Estado, se procuró por desarrollar unos textos legales que garantizaran un trato igualitario para los particulares frente a la administración a la hora de contratar.

Ya dentro del marco de la autonomía de la voluntad, el equilibrio en las relaciones contractuales sólo se ven amenazados por las facultades especiales que tienen las entidades estatales, justificadas por el interés general y el servicio público.

Sin embargo, estos privilegios tienen un límite que llena de seguridad a los contratistas del Estado que se pueden resumir en dos postulados esenciales:

1. **El contrato es ley para las partes** : según el artículo 1602 del Código Civil: este principio no es más que la consagración de la autonomía de la voluntad, por ello el contrato estatal sólo puede ser interpretado de acuerdo a sus cláusulas.
2. **La "exceptio non adimpleti contractus"**: principio consagrado en el artículo 1609 del Código Civil según el cual *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

Su fundamento tiene plena justificación en la equidad y así lo ha entendido la jurisprudencia nacional: *"El principio básico sobre el cual reposa la **exceptio non adimpleti contractus**, es la equidad. Por consiguiente, para que tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excepción de inejecución, porque una de las partes no puede prevalerse de la regla de igualdad, si la naturaleza del contrato o pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por lo tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación, o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una de las partes antes que la otra.*

El tercer requisito para poder hacer valer la excepción de inejecución, es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la

*confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos*²²

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 15 de 1973

9. CONCLUSIÓN

La contratación de las Universidades Estatales organizadas como entes autónomos, en principio no está regulada por el estatuto general de la contratación pública estatuida en la Ley 80 de 1993, sino por las normas civiles o comerciales como lo establece el artículo 93 de la ley 30 de 1992; Sin embargo, ello no implica que tales Entidades Públicas de Educación Superior desconozcan el cumplimiento de los principios constitucionales en todos y cada uno de los procedimientos contractuales que con ocasión a sus competencias deban realizar.

Efectivamente, es obligación de las Universidades Oficiales tener presente en sus actuaciones contractuales los principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad: La Transparencia que lleva de la mano el deber de acatar los parámetros objetivos que garanticen la selección de la propuesta más conveniente para la administración pública; la Economía que implica la celeridad, pero además, la observancia de pautas legales que impidan la malversación y despilfarro del patrimonio público, y el de Responsabilidad, en relación con sus servidores públicos por sus actuaciones u omisiones, con el objetivo que sus labores se encaminen, dentro del proceso de contratación, a conseguir los fines propios de la contratación estatal, desarrollados en la ley 80 de 1993 como una Ley de principios.

Los funcionarios de las universidades estatales en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñan, deben cumplir con las mismas responsabilidades asignadas a cualquier servidor público, teniendo en cuenta, incluso, que ésta implica mayores exigencias si se tiene en cuenta que gozan de autonomía al realizar sus competencias; autonomía que les permite una mayor maniobrabilidad pero exige un máximo cuidado.

El alcance de la autonomía en los procesos contractuales, siguiendo lo expuesto en la investigación, se remonta a la facultad que tienen

todas las universidades del Estado para diseñar sus propios procedimientos contractuales, y para escapar al poder reglamentario de los gobiernos de turno, lo que a la postre le conlleva a una mayor libertad, pero como es lógico conservando la coherencia del sistema jurídico, cumpliendo con los postulados constitucionales, en reconocimiento de su supremacía y como el reconocimiento de la Carta Política que plasma la garantía de nuestros derechos fundamentales como ciudadanos y como habitantes del Estado colombiano.

La autonomía universitaria, en materia de contratación es, entonces, el ensanchamiento de la responsabilidad de los directivos a la hora de pactar los contratos, pues si se tiene más libertad se debe ser más responsable, y más cuando se tiene la obligación de cumplir fines primordiales para el Estado.

Respecto a fallos del Consejo de Estado en el tema de contratación de las universidades estatales u oficiales, no se encuentra jurisprudencia desde la expedición de la ley 30 de 1992, cuando se desarrolla el postulado constitucional de la autonomía universitaria. Existe una ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales, que en alguna medida ayudaría a la delimitación y alcance desde la perspectiva judicial, de las implicaciones de la autonomía universitaria en materia de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, José Luis, El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.002.

BERMUDEZ, Muñoz Martín. Las acciones populares en los Contratos Estatales. En: Memorias del Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Cali : 2003) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.003.

GIRALDO, Ángel Jaime. Metodología y técnica de la investigación socio- jurídica. Bogotá : Legis, 1.999.

Ley 30 de 1.992, Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior. Diario Oficial No. 40.700, de 29 de diciembre de 1992, Bogotá D.C.

Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993, Bogotá D.C.

VELA CAMELO, Luis Humberto. Invalidez e ineficacia del negocio jurídico. Bogotá : Jurídica Radar Ediciones. 1.989.