

Andrea Esther Rincón Jaimes

La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano*

The public nature of the contractor as an exception to the rules of publicity and competition in a public contract: A look at French law and Colombian law

Recibido: Marzo 25 de 2019 - Evaluado: Mayo 15 de 2019 - Aceptado: Junio 07 de 2019

Andrea Esther Rincón Jaimes**

Para citar este artículo / To cite this article

Rincón Jaimes, A. E. (2019). La naturaleza pública del contratista como excepción a las reglas de publicidad y de competencia en un contrato público: Una mirada al derecho francés y al derecho colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 125-156.

Resumen: Tanto en Francia como en Colombia, el actuar contractual de la Administración está direccionado por una serie de reglas y principios que buscan la selección del contratista con la oferta más favorable en el caso de Colombia, o la oferta económicamente más ventajosa en el caso francés. Los contratos sometidos a este tipo de reglas son denominados contratos estatales en Colombia, y contratos de la *commande publique* en Francia. En un principio, el ordenamiento jurídico propio de cada país admite la participación de sujetos de derecho público como posibles contratistas de un contrato estatal o de un contrato de la *commande publique*; sin embargo, es posible observar cómo el ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de la legislación francesa, otorga a estos sujetos de derecho público la posibilidad de ser seleccionados bajo el procedimiento de contratación directa, situación

* Artículo producto del trabajo de grado “Le contrat de quasi-régie en France et le contrat interadministratif en Colombie: une analyse de Droit comparé” presentado en la Maestría Droit, Economie, Gestion, Mention Droit public, spécialité Marchés publics et partenariats public-privé, Université de Poitiers.

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia – a la espera de grado 30 de abril de 2019. Magister en contratación estatal y asociaciones público-privadas de la Université de Poitiers de Francia. Correo electrónico: andreaes.1013@gmail.com.

que resulta viable gracias a su naturaleza pública y al cumplimiento de ciertos requisitos que establece la ley. Esta idea resulta inconcebible en el ordenamiento jurídico francés, en el cual los sujetos de derecho público que pretendan ser titulares de un contrato de *la commande publique* son calificados de operadores económicos, por lo que el permitir la celebración del contrato sin reglas de publicidad y de competencia, a partir de su naturaleza pública, constituye un trato preferencial que violaría principios europeos como la transparencia y la no discriminación.

Palabras claves: Contrato estatal, contrato de la *commande publique*, contratación directa, procedimientos de selección, contrato interadministrativo, operador económico, contrato in house.

Abstract: Both in France and in Colombia, the contractual action of the Administration is directed by a series of rules and principles to select the contractor with the most favorable offer in the case of Colombia, or the economically most advantageous offer in the French case. Contracts subject to these types of rules are called state contracts in Colombia, and contracts of the *commande publique* in France. The legal system of each country admits the participation of subjects of public law as possible contractors of a state contract or of a contract of the *commande publique*; However, it is possible to observe how the Colombian legal system, unlike French law, grants these subjects of public law the possibility of being selected under the direct contracting procedure, a situation that is viable thanks to its public nature and compliance of certain requirements established by law. This idea is inconceivable in the French legal system, in which the subjects of public law who claim to be holders of a contract of the *commande publique* are qualified as economic operators, so allowing the conclusion of the contract without competition and publicity rules. IT constitutes a preferential treatment that would violate European principles such as transparency and non-discrimination.

Keywords: State contract, contract of the *commande publique*, direct contracting, selection procedures, inter-administrative contract, economic operator, in-house contract.

Resumo: Tanto na França como na Colômbia, a ação contratual da Administração é orientada por uma série de regras e princípios que buscam selecionar o contratante com a oferta mais favorável no caso da Colômbia, ou a oferta economicamente mais vantajosa no caso da França. Os contratos sujeitos a este tipo de regra são denominados contratos estatais na Colômbia e contratos de encomenda pública na França. Em princípio, o próprio ordenamento jurídico de cada país admite a participação de sujeitos de direito público como possíveis contratantes de um contrato estatal ou de um contrato de mandado público; no entanto, é possível observar como o ordenamento jurídico colombiano, ao contrário da legislação francesa, concede a esses sujeitos de direito público a possibilidade de serem selecionados sob o procedimento de contratação direta, situação que é viável graças à sua natureza pública e ao cumprimento de certos requisitos estabelecidos pela lei. Esta ideia é inconcebível na ordem jurídica francesa, segundo a qual os sujeitos de direito público que afirmam ser titulares de um contrato da *commande publique* são qualificados como operadores económicos, pelo que permitir a celebração do contrato sem regras de publicidade e de concorrência, baseadas no seu carácter público, constitui um tratamento preferencial que violaria princípios europeus como a transparência e a não discriminação.

Palavras chave: Contrato de Estado, mandado público, contratação directa, procedimentos de selecção, contrato interadministrativo, operador económico, contrato interno.

Résumé: En France comme en Colombie, l'action contractuelle de l'Administration est guidée par une série de règles et de principes qui visent à sélectionner le contractant dont l'offre est la plus favorable dans le cas de la Colombie, ou la plus avantageuse économiquement dans le cas de la France. Les contrats soumis à ce type de règle sont appelés contrats d'État en Colombie et contrats de commande publique en France. En principe, le système juridique de chaque pays admet la participation de sujets de droit public comme contractants potentiels d'un contrat d'État ou d'un contrat de la commande publique ; cependant, il est possible d'observer comment le système juridique colombien, contrairement à la législation française, accorde à ces sujets de droit public la possibilité d'être sélectionnés selon la procédure du contrat direct, une situation viable grâce à son caractère public et au respect de certaines exigences établies par la loi. Cette idée est inconcevable dans l'ordre juridique français, où les sujets de droit public qui prétendent être titulaires d'un contrat de la commande publique sont qualifiés d'opérateurs économiques, de sorte que permettre la conclusion du contrat sans règles de publicité et de concurrence, en raison de son caractère public, constitue un traitement préférentiel qui violerait les principes européens tels que la transparence et la non-discrimination.

Mots-clés: Contrat d'Etat, contrat de commande publique, contrat direct, procédures de sélection, contrat inter-administratif, contrat d'opérateur économique, contrat interne.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. – 1. Cuando el contratista de la administración es también un sujeto de derecho público. 1.1 Las relaciones interadministrativas en Colombia. 1.2 La posibilidad de la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* en Francia. 2. Consecuencias de la identificación de un contrato entre sujetos de derecho público frente a las normas de publicidad y de competencia. 2.1 El contrato interadministrativo como causal de contratación directa. 2.1.1. El “trato preferencial” a las entidades estatales dentro de un contrato estatal. 2.1.2. El contrato interadministrativo: una excepción a la licitación pública pero no al estatuto de contratación estatal. 2.2 La calidad de persona pública del contratista no es sinónimo de excepción a las reglas de publicidad y de competencia. 2.2.1. Las personas de naturaleza pública: Un operador económico como cualquier otro. 2.2.2. Los contratos celebrados dentro de la esfera pública como excepción a las reglas de publicidad y de competencia. – Conclusiones - Referencias.

Introducción

En Colombia son contratos estatales todos los actos jurídicos que generen obligaciones celebrados por las entidades estatales, para los cuales la Administración pública emplea alguna de las modalidades de selección que permiten adjudicarlo

al contratista con la oferta más favorable (Ley 80, 1993) (Ley 1150, 2007)¹, y aunque en la mayoría de los casos podría imaginarse que la figura del contratista está encarnada por un sujeto de derecho privado ajeno a la Administración pública, lo cierto es que la legislación colombiana se muestra favorable a que en ciertos casos la persona del contratista esté integrada por otra entidad estatal, es decir, un sujeto de derecho público (Santofimio Gamboa, 2017, pág. 255)². De la misma forma, en Francia el actuar contractual de la Administración está subordinado a procedimientos de selección y en general a reglas de publicidad y de competencia, se habla entonces de los contratos de la *commande publique*, en los cuales las partes están integradas por una entidad contratante y por un operador económico como contratista; este último, también puede adoptar la forma de sujeto de derecho público (Code de la *commande publique*, 2018)³.

Los contratos estatales entre sujetos de derecho público han sido denominados en Colombia como interadministrativos y constituyen una causal de contratación directa, que han conocido una importante proliferación que a menudo ha venido acompañada de continuos casos de corrupción, llamando la atención tanto del Consejo de Estado como de los órganos de control (Sentencia Concepto 2092, 2012). Por el contrario, el derecho francés no se muestra favorable a la asignación de un procedimiento especial de selección a este tipo de relaciones jurídicas; de esta forma, el Consejo de Estado aborda el tema tratando las cuestiones que envuelven la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* (Société Armor SNC 35563, 2014). Es importante resaltar que tanto el contrato interadministrativo, como un contrato de la *commande publique* en el cual el contratista sea una persona pública, constituyen verdaderos negocios generadores de

¹ El artículo 32 de la ley 80 de 1993 establece, “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”. Igualmente, el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 señala, “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa...”.

² El autor expresa esta posibilidad de la siguiente forma, “...El accionar y las omisiones en el ejercicio de la función administrativa, también, pueden tener como destinatarios órganos y dependencias públicas o personas de derecho público, como sucede de manera frecuente en las llamadas relaciones interadministrativas, en donde es posible identificar un sujeto público dominante que adopta decisiones en relación con otro de la misma naturaleza que le corresponde obedecerlas y cumplirlas... Así mismo, esta problemática comprende los contratos y convenios interadministrativos...”.

³ De acuerdo con el artículo L2 del código de la *Commande publique*, son contratos celebrados por las entidades contratantes con uno o más operadores económicos, acordando una tarifa, y con el fin de dar respuesta a sus necesidades en materia de trabajos, de suministro, o de servicios “...les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques”.

obligaciones y los cuales presentan un carácter oneroso de importancia económica para el contratista, características que los diferencian de las simples convenciones interadministrativas (Sentencia Acción de Reparación Directa 49974, 2017), o de la cooperación *public-public* del derecho francés, en la cual dos operadores económicos establecen una cooperación (Llorens & Soler-Couteaux, 2011)⁴ que obedece a consideraciones de interés meramente público, lo cual excluye todo interés económico (Levain & Prats-Denoix, 2015)⁵.

Si bien actualmente el derecho francés, siguiendo las pautas del derecho europeo, no otorga un trato preferencial a los contratos entre personas públicas frente a las reglas de publicidad y de competencia, como lo explica Bertrand Dacosta, en una época no muy lejana las relaciones contractuales entre personas públicas no eran sometidas al código de *marchés publics* (Dacosta, 2015), permitiéndoles contratar de forma directa. De esta forma, todos los negocios jurídicos que se constituyan como *marchés publics* o de forma general como contratos de la *commande publique*, están sometidos a estas reglas de publicidad y de competencia, incluso si el contratista una persona pública (Dreyfus, Jean-David, 2000)⁶. Sin embargo, la legislación actual se muestra favorable a la exclusión de ciertos contratos entre la administración y entidades con participación pública mayoritaria o completamente pública, estos contratos se denominan *in house* o *quasi-régie*, en los cuales la transparencia no

⁴ A partir de la interpretación de un documento de trabajo de la Comisión Europea, el autor señala que la coopération public-public implica una verdadera cooperación que reposa en una división de tareas: « (...) son document insiste sur le fait qu'elle ne saurait consister en une prestation réalisée par l'une des parties à l'accord moyennant rémunération, mais qu'elle implique une réelle coopération reposant sur une division des tâches ou un certain degré de spécialisation ».

⁵ En relación con las consideraciones de interés público, existe una tal relación con intereses meramente públicos cuando los poderes adjudicadores concluyen un contrato con el fin de garantizar que los servicios públicos que ellos deben asegurar alcancen los objetivos que tienen las partes en común, y que la puesta en marcha de esta cooperación obedezca sólo a consideraciones de interés público. (...) Reprenant la jurisprudence de la Cour, l'article 12, § 4 de la directive 2014/24/UE dispose qu'un marché conclu entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne relève pas de son champ lorsque « le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun », et lorsque « la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ». Cette dernière condition devrait exclure tout transfert financier entre les participants à lacoopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération (...)

⁶ Para el autor, a partir de la sentencia *communauté de communes du Piémont du Barr*, no existe duda alguna de que las convenciones interadministrativas pueden ser en realidad contratos públicos de acuerdo con la Directiva Europea de 1992 sobre los contratos públicos. “Depuis l'arrêt Communauté de communes du Piémont de Barr, il ne fait plus aucun doute que les conventions interadministratives peuvent être des marchés publics au sens de la directive communautaire du 18 juin 1992 sur les marchés de services, soumis à ce titre aux règles de publicité qu'elle prévoit”. Pág. 4.

es absoluta y la diferencia en el tratamiento puede justificarse por circunstancias objetivas (De Grove-Valdeyron, 2017). Contrario a Francia, la exclusión de los contratos interadministrativos de las reglas de publicidad y de competencia colombianas está motivada por un criterio meramente orgánico, idea que será expuesta más adelante en el presente trabajo.

Partiendo de estos elementos, conviene preguntarse ¿en qué medida un contrato estatal en Colombia y un contrato de la *commande publique* en Francia, en los cuales las partes se identifiquen como sujetos de derecho público, constituyen una excepción a las reglas de publicidad y de competencia propias a cada legislación? Si bien en un primer tiempo en ambos países la parte contratista puede estar conformada por un sujeto de derecho público; en Francia, a diferencia de Colombia, la exclusión de reglas de publicidad y de competencia no puede en ningún caso tener un fundamento meramente orgánico, y principios como la libre administración de personas públicas encontrarán su expresión en el contrato de quasi-régie, el cual es una excepción a estas reglas de publicidad y de competencia, pero a partir de circunstancias objetivas que no buscan afectar el mercado.

Es así como en un primer tiempo se estudiará la posibilidad que tienen los sujetos de derecho público de ser contratistas de la administración tanto en un contrato estatal, como en un contrato de la *commande publique* (I), enseguida, conviene visualizar las consecuencias en materia de publicidad y de competencia a partir de la identificación de un candidato al contrato con naturaleza de derecho público (II).

Plan de redacción

1. Cuando el contratista de la administración es también un sujeto de derecho público

1.1 Las relaciones interadministrativas en Colombia.

El contrato estatal se identifica en Colombia por la presencia de al menos una entidad estatal del artículo 2 de la ley 80 (Ley 80, 1993). Cuando el contratista es también una entidad estatal el contrato es identificado como interadministrativo. De esta forma, Jorge Enrique Santos habla del contrato interadministrativo como aquel:

(...) celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular (Santos Rodríguez, 2009, pág. 11).

La ley 80 de 1993 presenta en un primer tiempo en su artículo 2, una lista específica de los sujetos de derecho que adoptan el carácter de entidades estatales:

(...) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%) (Ley 80, 1993).

Enseguida, también establece el artículo 2 de la ley 80 de 1993, que pueden existir otro tipo de entidades estatales como las entidades descentralizadas indirectas; y que, además, otras personas jurídicas con una participación pública mayoritaria pueden considerarse también entidades estatales, sin importar la denominación que estas adopten, y sin importar su orden o nivel.

Respecto a las condiciones para llevar a cabo la celebración de estos contratos, la Sala de consulta y de servicio civil del Consejo de Estado explica como en un primer tiempo la ley 80 de 1993 no condicionaba la conclusión de estos contratos:

(...) El legislador modificó la Ley 80 de 1993, que en su versión original solamente hacía referencia a la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos sin licitación pública a través del mecanismo de contratación directa y al hecho de que en tales casos no habría lugar a pactar cláusulas exorbitantes y a exigir garantía única (Sentencia Concepto 2092, 2012)⁷.

Como lo indica el Consejo de Estado en esta misma decisión, los contratos interadministrativos han despertado preocupación a partir del uso que se ha hecho de estos para eludir los procedimientos de selección objetiva de la ley 80. De esta forma, a menudo el contratista en este tipo de contrato no resulta idóneo para ejecutar el contrato.

La Ley 1150 es una respuesta a las inquietudes generadas por la conclusión de contratos interadministrativos. Para evitar la adjudicación directa de contratos que no satisfacen las necesidades de la Administración, el artículo 2, numeral 4, literal c, establece una primera condición: para concluir un contrato interadministrativo, las obligaciones derivadas del mismo deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos (Ley 1150, 2007). En otras palabras, la actividad de la entidad estará dirigida a ejecutar los objetivos del Estado. Para Augusto Ramón Chávez Marín,

⁷ Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y de servicio civil. Concepto 2092 de 28 de junio de 2012. C.P.: William Zambrano Cetina. Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00(2092).

(...) Desde ahora se observa cómo la reforma identifica el contrato interadministrativo como un acuerdo de voluntades en el cual una entidad presta un servicio, suministra un bien o ejecuta una obra que otra entidad paga y recibe, concepción válida igualmente frente a la nueva ley 1474 (...) (Chávez Marín, 2012, pág. 147).

De esta forma, la entidad que ejecuta el contrato debe tener un objeto en relación con las obligaciones derivadas del contrato. Una entidad con un objeto diferente de las obligaciones derivadas del contrato no podrá satisfacer las necesidades de la Administración.

La Ley 1474 de 2011, que aportó modificaciones a la Ley 1150 de 2007, mantuvo esta obligación. Para el Consejo de Estado en su decisión del 2012, esta condición de la relación directa está vinculada a la obligación general de las entidades estatales en Colombia de verificar que la parte contratante, ya sea pública o privada, tenga la capacidad legal para celebrar el contrato. Dicho de otra forma, que la ejecución del contrato está relacionada con el objeto de la entidad (Sentencia Concepto 2092, 2012).

Por otro lado, el contrato interadministrativo presenta una segunda condición respecto a las entidades estatales habilitadas para llevar a cabo tal negocio jurídico. Si bien en un principio cualquier entidad del artículo 2 de la ley 80 de 1993 puede celebrar contratos bajo el modelo de contrato interadministrativo, la ley 1150 en su artículo 2 modificó la ley 80 de 1993, y excluye la conclusión de determinados contratos por parte de ciertas entidades, bajo el modelo de contrato interadministrativo (Ley 1150, 2007).

De esta forma, los contratos de obra, de suministro, la operación fiduciaria, y la fiducia pública, no se pueden adjudicar desde el modelo de contrato interadministrativo cuando las instituciones de educación superior se desempeñan como contratistas. Si estas entidades desean realizar estos contratos, deben recurrir a la selección mediante licitación pública o mediante el procedimiento abreviado (Ley 1150, 2007). El caso de las universidades públicas es uno de los más mencionados, a menudo se indicaba que estas entidades terminaban ejecutando labores que no eran propias de sus funciones, evadiendo los procedimientos de selección (Santos Rodríguez, 2009). Sin embargo, esta lista de contratos y entidades se ampliará con la expedición de la ley 1474 de 2011.

De acuerdo con la ley 1774, existe una nueva lista de contratos exceptuados de esta modalidad de selección: los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública. Igualmente, hay una nueva lista de entidades: las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las

federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras (Ley 1474, 2011). Estas entidades no pueden concluir los contratos enumerados bajo la figura del contrato interadministrativo, se establece que para concluir estos contratos se requiere un proceso de licitación pública o un proceso de contratación abreviada.

Respecto a la subcontratación de contratos interadministrativos, la ley 1150 en su artículo 2, numeral 4, literal c, inciso 2, establece que incluso si el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no es el estatuto general de contratación, la ejecución de dichos contratos, es decir, los que vienen de ser mencionados, estará en todo caso sometida a la ley 80 de 1993 (Ley 1150, 2007). Augusto Chávez Marín lo explica de la siguiente forma:

(...) Tal como puede observarse, la norma anterior contiene varios elementos que es necesario destacar: (i) se trata de regular entidades ejecutoras de contratos interadministrativos que no estén sometidas al régimen contractual de la Ley 80 de 1993, es decir, al EGCAP; (ii) se regula específicamente la ejecución de “dichos contratos”, es decir, de los mencionados por el inciso anterior del mismo literal, conforme fue a su vez modificado por el artículo 92 de la misma Ley 1474, esto es, de los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas técnicas o reglamentos técnicos, encargo fiduciario y fiducia pública, cuando quiera que son pactados a través de un contrato interadministrativo; (iii) la ejecución de tales contratos se somete a la Ley 1150 de 2011 y la modificada Ley 80, valga decir, al EGCAP (...) (Chávez Marín, 2012, pág. 155)

Igualmente, esta misma norma establece que, ni la parte contratante ni el subcontratista pueden concluir contratos con personas que ya hayan participado en la elaboración de estudios, dibujos o proyectos, que tengan una relación directa con el objeto del contrato principal. Es decir, operadores que ya tenían un conocimiento particular del contrato (Ley 1150, 2007).

Teniendo en cuenta este contexto, la celebración de un contrato sometido en principio a normas de publicidad y de competencia, y que tiene como contratista a un sujeto de derecho público, difiere mucho de la lógica que guarda el derecho francés, en el cual; como se explicará más adelante, el contratista de naturaleza pública deberá presentarse a la atribución del contrato como cualquier particular, y no gozará de una modalidad de selección particular.

1.2 La posibilidad de la candidatura de una persona pública a un contrato de la *commande publique* en Francia.

Como se ha venido mencionando, en Francia la participación de un sujeto de derecho público en la atribución de un contrato de la *commande publique* no trae consigo el empleo de un procedimiento de selección particular a partir de la

naturaleza del candidato. Sin embargo, en estos casos donde el candidato al contrato es también una persona pública, el juez ha traído a colación una serie de principios y reglas que conviene tener en cuenta al momento de estudiar este tema. En un principio se hace necesario estudiar la postura que adopta el derecho europeo, para luego concentrarse en el derecho francés.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite de forma general la participación de un sujeto de derecho público en un procedimiento *d'appel*. Tal es el caso de la sentencia *Azienda Ospedaliero-Universitaria contre Data Medical Service srl*, donde el Consejo de Estado Italiano formula una cuestión prejudicial, y plantea dos preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*, 2014). La profesora Ann-Lawrence Durviaux explica que la primera pregunta está relacionada con la compatibilidad del derecho italiano con el derecho europeo, respecto a una ley que excluye a los establecimientos públicos hospitalarios (organismos de derecho público) de la participación en procedimientos de atribución de contratos públicos. La segunda concierne la compatibilidad con el derecho europeo de una ley que permite que entidades públicas, las cuales son subsidiadas por fondos públicos, sin una medida correctora que prevenga las eventuales afectaciones a la competencia, participen en la atribución de contratos público (Durviaux, Ann Lawrence, 2015, pág. 387).

El tribunal procede a responder de la siguiente forma: en cuanto a la primera pregunta, esta jurisprudencia precisa que de acuerdo con el artículo 1, c) de la Directiva n. 92/50/CEE, es contrario al derecho europeo que la legislación nacional excluya a los establecimientos públicos hospitalarios de los procedimientos de atribución de contratos públicos. Sin embargo, se hace necesario que el establecimiento esté autorizado para operar en el mercado de conformidad con sus objetivos institucionales y estatutarios. Para lo que interesa a la segunda pregunta, el Tribunal trae a colación nuevamente la Directiva n. 92/50/EE, y de forma particular los principios generales de libre concurrencia, no discriminación y proporcionalidad, que sustentan esta última Directiva. Enseguida, precisa el Tribunal que esta normatividad no se opone a que la legislación nacional permita a un establecimiento público presentar una oferta a la cual ningún competidor en el mercado puede hacer frente, gracias a los financiamientos públicos de los cuales se beneficia el establecimiento. Por otro lado, el *pouvoir adjudicateur* (poder adjudicador o entidad contratante) puede tomar en cuenta la existencia de este financiamiento público frente a su facultad de rechazar la oferta, en el marco de un análisis de ofertas anormalmente bajas (Didriche, 2015, pág. 206).

De esta forma, conviene tener en cuenta que el derecho europeo permite que sujetos de derecho público participen en la atribución de contratos sometidos a reglas de publicidad y de competencia. Como lo explica la profesora Ann-Lawrence Durviaux, esta cuestión ha sido resuelta de forma positiva por el Tribunal en diferentes ocasiones (Durviaux, Ann Lawrence, 2015). Por ejemplo, en la sentencia *CoNISMa* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Arrét C-305, 2009), el juez explica que un *groupement d'universités et d'administrations publiques* (sujetos de derecho público) que no persigue un interés lucrativo, que no dispone de una estructura organizacional como empresa, y que no presenta una presencia regular en el mercado, puede ser calificada de operador económico. De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE, esta noción se relaciona con la capacidad que tiene un candidato de asegurar la ejecución de un contrato, de forma directa o por medio de un subcontrato. La calificación de operador económico no está ligada al estatuto de derecho privado o de derecho público que posea una entidad, ni a su presencia en el mercado, incluso, no se encuentra ligada a su modo de financiamiento (Durviaux, 2011, pág. 432). Por lo tanto, un sujeto de derecho público puede encontrarse en el mercado como cualquier privado, y por supuesto, puede participar en la atribución de contratos públicos.

En cuanto al derecho francés, el Consejo de Estado ha venido desarrollando la cuestión de la intervención de sujetos de derecho público en los procedimientos de adjudicación de contratos público:

Así, Bertrand Dacosta comienza por citar y analizar dos primeras decisiones de la siguiente forma: primero, la decisión *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* del año 2002, donde el Consejo de Estado estableció que el principio de libertad de comercio y de industria no se opone a la participación de un establecimiento público como candidato a un contrato de delegación de servicio público, y que la convocatoria ha sido propuesta por una colectividad territorial (*Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* 212054, 2000). Seguidamente, en la decisión *société Jean Louis Bernanrd Consultants* del año 2012, el alto tribunal dejó claro que ningún texto o principio prohíbe que una persona pública sea candidata a la atribución de un *marché public* o a una delegación de servicio público, a partir de su naturaleza pública (*Société Jean Louis Bernard Consultants* 222208, 2012). Igualmente, para que se respeten las exigencias de igualdad de acceso a los contratos públicos y el principio de libertad de competencia, el precio que proponga el establecimiento público administrativo debe ser determinado tomando en consideración el conjunto de costos directos e indirectos que contribuyan a la formación del precio de la prestación del contrato. Es así como el establecimiento público no debe haberse valido de una ventaja a partir de los recursos o medios que posee en el marco de la misión de servicio público

que tiene a su cargo, para determinar el precio que propone como candidato al contrato. Si es necesario, esta persona pública debe poder justificar esta situación por medio de documentos contables o por otro medio de información que resulte apropiado (Dacosta, 2015, pág. 57)⁸.

Hasta aquí, es posible observar que la legislación se muestra compatible a que sujetos de derecho público participen en la atribución de contratos públicos, siempre y cuando se respeten principios como la libertad de competencia y se esté en la capacidad de aportar pruebas de ello.

Sin embargo, en Francia había surgido la duda de si era necesaria la existencia de un interés público local para que una persona pública, como un Departamento, pudiera ser candidata a la atribución de un contrato público. En un primer tiempo, el Consejo de Estado en la decisión *Département de l'Aisne* del año 2009 declaró que un departamento puede ser candidato a un *marché* a favor de otro Departamento, sin que sea necesaria la existencia de un interés público local. (*Département de l'Aisne* 324156, 2009). De esta forma, se explica que en el caso en concreto se habla de la candidatura del departamento y no de la *prise en charge* de una actividad económica (Pastor, 2009, pág. 1402). Sin embargo, la jurisprudencia en la materia volvió a ser objeto de atención en el 2014 gracias a la decisión *Société ARMOR SNC* del año 2012, en esta decisión el Consejo de Estado señala que las colectividades locales o sus establecimientos públicos, pueden ser candidatos a la atribución de un contrato público si su candidatura responde a un interés público local:

⁸ Respecto a *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, el Consejo de Estado estableció que el principio de libertad de comercio y de industria no se opone a que un establecimiento público sea candidato a la adjudicación de una delegación de servicio público de una colectividad territorial. « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale ».

En cuanto a la decisión *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, esta establece que ningún texto o principio prohíbe que una persona pública, debido a su naturaleza, sea candidata a la adjudicación de un contrato público; sin embargo, se hace necesario el respeto de las exigencias de igualdad de acceso a los contratos públicos, y el principio de libertad de competencia. « Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public » (...) « pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence (...), l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

(...) que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public (Société Armor SNC 35563, 2014)⁹.

Por otro lado, existe interés público local cuando la candidatura del Departamento:

Constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission¹⁰.

Respecto a este párrafo de la sentencia, explica Erwan Royer que el contrato de la *commande publique* debe constituir el complemento o aquello que es accesorio, que se inscribe en la continuidad temporal o material de un servicio que ya existe. Igualmente, existe un sentido económico en el fallo, ya que el objetivo de esta candidatura debe ser la amortización de equipos, la valorización de recursos, o el aseguramiento del equilibrio financiero (Royer, 2015, pág. 158).

Igualmente, esta sentencia ratifica la idea de que una vez sea admitida la candidatura de la colectividad territorial, esta última debe respetar la competencia en el mercado, tal como lo establecía la jurisprudencia *Jean-Louis Bernard Consultants de 2012*. Es así como el oficio del juez no consistirá más en verificar simplemente que la intervención de esta persona pública no atente contra las reglas en materia de competencia, sino que deberá examinar el interés público local (Dreyfus, 2016, pág. 139).

Un elemento que quizás impulsa este enfoque del interés público local consiste en la multiplicación de las intervenciones de estos sujetos de derecho público en la esfera económica. La condición de interés público local puede ser calificado como un criterio "...potentiellement réducteur- et non plus simplement en tant que notion fonctionnelle"¹¹.

Hasta aquí es posible observar cómo la legislación francesa, a diferencia de la colombiana, no asigna un procedimiento particular de selección del contratista de un

⁹ Ver el comentario de Pastor, J. M. *Candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de commande publique*. En AJDA, Dalloz. 2015, 7.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

contrato público cuando el candidato es un sujeto de derecho público. Este candidato deberá participar como cualquier privado y, además, deberá demostrar la existencia del interés público local y respetar las reglas en materia de competencia, en el caso de tratarse de una colectividad territorial o de uno de sus establecimientos públicos.

2. Consecuencias de la identificación de un contrato entre sujetos de derecho público frente a las normas de publicidad y de competencia

2.1 El contrato interadministrativo como causal de contratación directa.

2.1.1. El “trato preferencial” a las entidades estatales dentro de un contrato estatal.

Para el legislador colombiano, “la modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa” (Decreto 1082, 2015)¹². De esta forma, pareciera que el criterio orgánico justificara la existencia del contrato interadministrativo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

De manera que la característica de interadministrativo de un convenio o un contrato, surge de la calidad de las partes, es decir, ambas deben ser de naturaleza pública, siendo ese el fundamento por el cual el ordenamiento jurídico colombiano les otorga un tratamiento distintivo que excluye frente a las aludidas relaciones jurídico negociales la necesidad de acudir al trámite de licitación pública, y permite la contratación directa para la materialización de estas especies (Sentencia Casación 38464, 2015).

En otras palabras, la naturaleza pública de las partes se posiciona como el fundamento que permite un trato distintivo materializado en la exclusión de la licitación pública como modalidad de selección del contratista.

Por otro lado, el contrato interadministrativo es un acuerdo que genera obligaciones como cualquier otro contrato estatal, es decir, es la calidad de las partes lo que influye en el desarrollo de este trato preferencial, ya que de igual forma se estará en presencia de un verdadero contrato y no de simples convenios o acuerdos de la Administración. Al respecto el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que:

¹² Decreto 1082, artículo 2.2.1.2.1.4.4.

(...)Esta interpretación resulta lógica si se tiene en cuenta que la Ley 80 de 1993, es un estatuto para los contratos del Estado y no para todo tipo de relación interadministrativa o intersubjetiva, Por esta razón si a la relación entre dos entidades estatales se les denomina convenio o acuerdo, la obligación del intérprete está en verificar si de ese convenio o acuerdo surgen obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, porque si esto es así realmente nos encontramos ante un contrato y por lo tanto dicha relación jurídica debe regirse sin duda alguna por normas contractuales del Estado (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C, 2017)

Conviene entonces estudiar de dónde proviene la necesidad de esta causal de contratación directa; dicho de otro modo ¿qué motiva que los contratos entre entidades de naturaleza pública sean celebrados de forma directa?

Respecto a la contratación directa (Palacio Hincapie, 2004) menciona que por este procedimiento, como dice Sayagués Laso, la entidad busca al contratante de la misma manera que los particulares (...)la contratación directa agiliza la conclusión del negocio jurídico, pero limita la libre concurrencia, principio que permite la abierta confrontación de propuestas para obtener la escogencia de la más favorable, mediante la existencia de bases reales, que en ocasiones no se presenta en el trámite directo (...) No obstante, la contratación directa también es un procedimiento de selección reglado, que sigue los principios de la selección objetiva, pero rodeado de una publicidad limitada o parcial, por el alcance restringido que tiene la invitación a contratar (...) (Araújo Oñate, Barrantes Venegas, Betancur Escobar, Castro Cuenca, & Álvarez Rojas, 2011, pág. 241).

Puede deducirse de este texto que por un lado la contratación directa agiliza la conclusión del contrato, lo cual resulta muy útil para las entidades estatales en ciertos casos, además de ser un procedimiento de selección que debe respetar los principios que rigen el estatuto. Sin embargo, existe otra realidad que no puede ser ignorada, en la cual la contratación directa limita la libre concurrencia y la publicidad.

Respecto a la utilidad del contrato interadministrativo, conviene retener que “su correcta y debida utilización lleva a que las entidades públicas puedan obtener bienes y servicios de manera eficiente dentro del mismo sector público por los entes que tienen la especialidad de prestarlos, por ser propios de su competencia funcional” (Araújo Oñate, Barrantes Venegas, Betancur Escobar, Castro Cuenca, & Álvarez Rojas, 2011, pág. 255).

Para una correcta utilización de esta modalidad de selección, las condiciones que permiten la conclusión de un contrato interadministrativo están encaminadas a evitar casos de corrupción y buscan que el objeto del contrato sea ejecutado de forma adecuada.

Respecto al derecho francés, se ha enfatizado en que no se otorga un procedimiento particular para la celebración de contratos entre sujetos de derecho público, y esto obedece también a que se hace inconcebible asignar el beneficio de la contratación directa por el simple hecho de estar en presencia de un contratista con naturaleza de derecho público (Eckert, Gabriel, 2013, pág. 849); como se explicará más adelante, un caso semejante violaría principios tales como la no discriminación y la igualdad de trato.

En relación con un reporte realizado por la OCDE sobre la contratación pública en Colombia, este señala que alrededor del 60% de los contratos estatales son celebrados bajo la modalidad de contratación directa, situación que llama particularmente la atención teniendo en cuenta que la regla general es la licitación pública; por esta razón, en este informe se hace la invitación a seguir diversas recomendaciones que ha señalado esta organización, dentro de las cuales se destaca que las excepciones a la licitación pública deben ser limitadas, predefinidas, y deben contener una apropiada justificación (OECD, 2016, págs. 67-72).

En cuanto a la constitucionalidad de la contratación directa por medio de la causal de interadministrativos, en una ocasión se le demandó a la Corte Constitucional examinar el parágrafo del artículo 2 de la ley 80 de 1993, donde el demandante argumentaba que éste violaba el artículo 13 de la Constitución política, ya que:

(...)en su criterio, ha servido para que las entidades públicas burlen el principio de escogencia objetiva del contratista mediante licitación pública, al permitirles contratar directamente acudiendo a la figura de los convenios interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, práctica ésta con la que se busca precisamente privar a los asociados de la posibilidad de participar en el proceso licitatorio, por lo que resulta contraria al principio de igualdad, en cuanto su contenido normativo va en contravía con la igualdad de oportunidades (Sentencia C-040, 2000).

Respecto a este señalamiento, la Corte resaltó que no podía pronunciarse frente a los cargos del demandante ya que estos deben referirse al contenido de la norma en abstracto, y no a su desarrollo o aplicación. Para la Corte, no existe un principio de razón suficiente en su argumento, ya que en esta modalidad de selección también rigen los principios en materia de contratación estatal, los cuales garantizan la igualdad de oportunidades. Igualmente, expresa la Corte su conocimiento de las malas prácticas en materia de contratos interadministrativos, al precisar que:

(...) Lo dicho en esta sentencia no significa en modo alguno que a la Corte le resulten indiferentes los nefastos efectos que en el patrimonio público puede ocasionar la evasión de los controles y de la fiscalización de los ciudadanos y de las autoridades, pues ello, ciertamente, abona el terreno de la corrupción administrativa que, principalmente en el campo de la contratación pública ha alcanzado en el último

tiempo niveles insospechados, lo cual representa una desviación de cuantiosísimos recursos públicos de la inversión pública social, que atenta contra las metas de crecimiento económico y de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos (...) (Sentencia C-040, 2000).

Sin embargo, enfatiza que “No es la acción pública de inconstitucionalidad el mecanismo apropiado para combatir dichas prácticas, contrarrestar sus devastadores efectos o responsabilizar a quienes incurren en tan repudiables conductas de apropiación del patrimonio público” (Sentencia C-040, 2000).

2.1.2. El contrato interadministrativo: una excepción a la licitación pública pero no al estatuto de contratación estatal

Aunque la contratación directa constituye una excepción a la licitación pública, esto no significa que constituya una excepción a los principios del estatuto general de contratación de la Administración pública; este tipo de contratación sigue siendo una modalidad de selección sujeta a ciertos principios. En diversas ocasiones el Consejo de Estado colombiano se ha pronunciado sobre la obligación de respetar ciertas exigencias y procedimientos específicos (Sentencia Acción Pública de Nulidad 17767, 2011).

Para el Consejo de Estado, las modalidades de selección del contratista están sujetas de forma general a los principios que rigen la actividad contractual del Estado:

(...)Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso(...) (Sentencia Acción Pública de Nulidad 15324, 2007).

Por lo tanto, si la persona pública se encuentra en uno de los casos en los que se puede emplear la contratación directa; como es el caso de los contratos interadministrativos, tiene la obligación de respetar los postulados que vienen de ser citados.

Respecto al tema de la aplicación de los principios legales y constitucionales a la modalidad de selección directa, el Consejo de Estado ha desarrollado en su jurisprudencia un análisis que llama particularmente la atención, ya que, si bien este órgano reconoce el respeto obligatorio de los principios en todas las modalidades de escogencia del contratista, enfatiza que los principios no rigen de manera idéntica en todas las modalidades de selección:

(...) Porque si bien es cierto que en todos los procesos de selección de contratistas rigen los principios de la contratación estatal –incluso los de la función administrativa (art. 209 CP.)-, eso no significa que lo hagan de manera idéntica siempre, como parece entenderlo el actor. Es decir, que la publicidad, la selección objetiva y los demás principios que rigen en la contratación tiene en la licitación pública un alcance distinto que en la selección abreviada, y más aún que en la contratación directa. No obstante, es claro que rigen en todos los procesos, pero en forma matizada: mientras más sencilla es la forma de selección, menos intensos son los principios aplicables a esos procedimientos (...) (Sentencia Acción Pública de Nulidad 37044, 2011).

Esta aclaración la hace el Consejo de Estado con ocasión de una acción de nulidad contra el Decreto 2474 de 2008, el cual en el artículo 82 permitía a las autoridades contratar de forma directa y sin la necesidad de obtener varias ofertas (Decreto 2474, 2008). Para el Consejo de Estado, es válido que en la contratación directa se disminuya la fuerza natural de los principios, haciendo una comparación con la modalidad de licitación pública:

Es legítimo que en este supuesto se disminuya la fuerza natural de los principios, pero eso no significa que desaparezcan, porque siguen actuando, pero en forma reducida, adaptándose a las circunstancias propias de espacios que se sabe no son los mismos que se presentan en la licitación. Es por eso que la objetividad no se puede exigir exactamente como se manifiesta en la licitación pública -donde hay muchas ofertas-, porque en la contratación directa existe un solo participante. De igual forma, la publicidad tampoco rige como lo hace en la licitación, donde aplica hasta en la invitación a presentar ofertas; pero tratándose de la contratación directa es contradictorio considerar siquiera esta posibilidad¹³.

Recientemente en una sentencia de 2018, el Consejo de Estado ha precisado que por ejemplo la pluralidad de ofertas no es necesaria en la contratación directa, toda vez que esta postura encuentra fundamentos que permiten limitar la libre concurrencia:

(...)En cuanto a lo primero, la validez de la restricción se ha fundado, de una parte, en el carácter relativo y restrictivo de dicho principio, y, de otro lado, en la libre configuración normativa del legislador, con base en consideraciones de conveniencia por él estimadas razonables y proporcionales, según la finalidad y propósito de cada modalidad de selección (...) (Sentencia Auto 50222, 2014).

(...) En cuanto a lo segundo, se ha aceptado que la selección objetiva fundada en el ofrecimiento más favorable no depende únicamente del cotejo entre ofertas sino también de métodos que, aun prescindiendo de dicha comparación, garanticen que

¹³ Ibid.

la respectiva escogencia se ajuste a los criterios legales de selección objetiva, a los precios o condiciones del mercado y a los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello¹⁴.

Ya que en la contratación directa es posible prescindir del cotejo de ofertas, o de la invitación a presentarlas, resulta de suma importancia aspectos como la elaboración de los pliegos de condiciones y de los estudios previos al contrato, los cuales van a permitir que la entidad pueda realizar una comparación y escoger la oferta más favorable. De forma textual el Consejo de Estado explicó esta idea de la siguiente manera:

(...) cuando la pluralidad de ofertas no se estima necesaria (contratación directa), el único parámetro de comparación con el que cuenta la administración para establecer la favorabilidad de la contratación está determinado por los documentos elaborados por ella unilateralmente (...). En tal circunstancia, el rigor con el que la entidad haya estructurado el proceso de contratación y elaborado sus estudios previos cobrará la mayor de las relevancias, pues será el único parámetro con el que contará la entidad pública para definir la favorabilidad de la contratación (Sentencia Acción Pública de Nulidad 36805, 2010).

Igualmente, a propósito de un contrato interadministrativo celebrado sin la previa definición de criterios de selección, la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

(...) encuentra la Corte que le asistió razón al *ad-quem* al puntualizar que la obligación de selección objetiva fue desatendida con ocasión del “Convenio interadministrativo N° 046” (...), pues las pruebas aportadas permiten concluir que no se implementó procedimiento alguno para garantizar la concurrencia de oferentes que estuvieran en condiciones de asumir el objeto contractual, de suerte que la Universidad de La Guajira resultó contratada sin que se sepa qué criterios determinaron su selección (Sentencia Casación 38464, 2015).

Por otro lado, la legislación colombiana establece ciertas particularidades para los contratos interadministrativos, la cuales conviene resaltar:

En un primer tiempo, se hace necesaria la publicación de un acto administrativo donde se justifique la contratación directa, el Decreto 1082 de 2015 señala una lista con la información que debe aparecer en el acto: la Administración debe indicar el motivo por el cual celebra el contrato de forma directa, en particular, debe referirse a una de las causales que permiten emplear esta modalidad, estas causales están expuestas en la ley 1150 de 2007, entre las cuales se encuentran los contratos interadministrativos; En seguida, el documento debe indicar el objeto

¹⁴ Ibid. Sentencia 50222, 2018.

del contrato, los medios financieros, los medios para consultar los pliegos de condiciones y los demás documentos del contrato. Finalmente, el artículo presenta algunas excepciones a esta obligación de justificar el contrato, como es el caso de los contratos de servicios profesionales y los interadministrativos que celebra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República (Decreto 1082, 2015).

En cuanto a la publicación de los estudios y documentos previos en la contratación directa, los únicos contratos interadministrativos que están exceptos de esta publicidad son los celebrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República (Decreto 1082, 2015).

2.2 La calidad de persona pública del contratista no es sinónimo de excepción a las reglas de publicidad y de competencia

2.2.1. Las personas de naturaleza pública: Un operador económico como cualquier otro

Como se ha venido mencionando, la legislación francesa no asigna un procedimiento particular frente al hecho de que el candidato a un contrato público sea también un sujeto de derecho público. Es así como tampoco adopta un criterio de favorabilidad que permita la exclusión de las reglas de publicidad y de competencia. De una parte, esta idea encuentra su respaldo en los principios fundamentales de la *commande publique*, plasmados tanto en el derecho europeo como en el derecho interno francés, los cuales han conocido de un importante desarrollo que amerita un profundo estudio que no será abordado en este trabajo¹⁵. Por otro lado, el carácter imperativo de la competencia y la noción de operador económico hacen que los sujetos de derecho público sean vistos como uno más en el mercado.

Se ha hecho mención de que la noción de operador económico viene de la capacidad que tiene un candidato de asegurar la ejecución de un contrato, sin importar aspectos como su estatuto, su presencia en el mercado, etc. Por lo tanto, los sujetos de derecho público pueden participar en la atribución de contratos públicos como cualquier privado que ostente la calidad de operador económico. Sin embargo, esta noción de operador económico también justifica la idea de que ninguno debe beneficiar de un trato preferencial frente a la exclusión de reglas de publicidad y de competencia.

¹⁵ Ver Llorens, F. Principe de transparence et contrats publics. En Contrats et Marchés publics n° 1, Revues juridiques Lexis 360. 2004, chron. 1.

Como lo comenta la profesora Hélène Hoepffner, la noción de operador económico fue introducida en el código francés de *marchés publics* de 2006, el cual tomaba en cuenta la noción de la Directiva 2004/18 en su artículo 1 (Hoepffner, 2016, pág. 115). Actualmente, la Directiva 2014/24/UE lo define de la siguiente forma en el considerando 14:

“Procede aclarar que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no «personas jurídicas» en todas las circunstancias” (Directive 2014/24/UE, 2014).

Por otra parte, el nuevo código de la *commande publique* también otorga una definición de operador económico, agrupando en esta noción a personas físicas o morales, públicas o privadas, con o sin personalidad moral, y que ofrezcan en el mercado la realización de un trabajo, el suministro de productos, o la prestación de un servicio (Code de la *commande publique*, 2018)¹⁶.

Tanto la Directiva en su artículo 1, numeral 2, como el Código en su artículo L111-1, establecen que los contratos públicos son concluidos entre poderes adjudicadores/entidades adjudicadoras y operadores económicos, por lo tanto, estos están sometidos al respeto de los principios de la *commande publique*, impidiendo así que se favorezca a determinados operadores económicos.

Es importante considerar que estos principios se aplican incluso en ausencia de un texto que indique de forma precisa su carácter vinculante, esta idea se evoca en relación con la jurisprudencia Telaustria (Arrêt C-324/98, 2000) (Delaunay, 2018, pág. 23), que ha sido empleada por la doctrina para sostener este punto de vista. Como lo explica el profesor Laurent Richer (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 441), en esta decisión el Tribunal de Justicia hizo hincapié en un contrato que no estaba sometido a *l'ordonnance*; el Tribunal concluye que incluso en este

¹⁶ Según el código de la *commande publique*, un operador económico es toda persona natural o jurídica, con naturaleza pública o privada, o todo grupo de personas que tenga o no personalidad jurídica, y que ofrezca en el mercado la realización de contratos de obra, el suministro de productos, o la prestación de servicios. Código de la *Commande publique*, artículo L1220-1 : “Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services”.

caso el contrato no escapa a las normas fundamentales del Tratado de la Unión Europea, ni al principio de no discriminación. Específicamente, un punto de la sentencia establece:

(...) Non obstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté «¹⁷.

Para comprender el origen y las implicaciones de los principios fundamentales de la contratación pública, conviene tener en cuenta los principios de igualdad y transparencia, los cuales desempeñan un papel importante debido a las obligaciones que imponen. Para este análisis, el autor Mathias Amilhat realiza la distinción y la implicación de estos dos principios en su fascículo sobre contratación pública y principios fundamentales (Amilhat, 2015).

En cuanto a las reglas de publicidad y de competencia, Gabriel Eckert explica que estas reglas buscan garantizar el buen funcionamiento del mercado, en la medida en que los intereses o consideraciones de los organismos de derecho público son diferentes a los económicos (Eckert, Gabriel, 2013, pág. 849)¹⁸. De la misma forma, los procedimientos de competencia “*tendent alors à imposer aux personnes publiques et, plus largement, aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de ne pas fausser la concurrence*”, para el autor, esta es la razón por la que se da una aproximación extensiva del campo de aplicación de la competencia, a través de la promoción de principios como la transparencia de los procedimientos, lo que conduce a que la calidad de persona pública del contratista no justifique por sí sola una excepción a las reglas de publicidad y de competencia¹⁹.

A partir de este panorama, conviene indagarse si existe alguna posibilidad de excluir contratos entre sujetos de derecho público de la aplicación de las reglas

¹⁷ Ibid, Sentencia Telaustria. “No obstante el hecho de que dichos contratos; a la luz del derecho comunitario, están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los concluyen deben, sin embargo, respetar en general las normas fundamentales del Tratado y de forma particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad; este principio implica, entre otras cosas, una obligación de transparencia que permite a la autoridad contratante asegurar el respeto de dicho principio”.

¹⁸ Para explicar esta idea, el autor cita la sentencia C-470/99 Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, comentario de T. Gliozzo, en AJDA. 2003, 623.

¹⁹ Ibid pág. 849.

de publicidad y de competencia, el derecho europeo y francés muestran que sí es posible gracias a los denominados contratos “*in house*” o “*quasi-régie*”, los cuales son objeto del cumplimiento de condiciones que buscan recrear un análisis que permita respetar los principios en materia de publicidad y de competencia.

2.2.2. Los contratos celebrados dentro de la esfera pública como excepción a las reglas de publicidad y de competencia

Si bien la excepción *in house* ha tenido su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, actualmente tanto el legislador europeo como el legislador francés han procedido a su codificación. Así las cosas, en el derecho europeo encontramos que las directivas sobre la conclusión de *marchés publics* (Directive 2014/24/UE, 2014) y sobre la atribución de los contratos de concesión (Directive 2014/23/UE, 2014), exponen las diversas posibilidades para la celebración del contrato *in house*. Igualmente, el código de la *commande publique* contempla esta posibilidad bajo el nombre de “quasi-régie” en sus artículos L2511-1 al L2511-5 (Code de la commande publique, 2018)²⁰.

Al igual que en los demás contratos de la *commande publique*, las partes están conformadas por un poder adjudicador/entidad adjudicadora y un operador económico (entidad controlada). Sin embargo, a la diferencia de otro contrato público, el contratista en un contrato de *quasi-régie* debe tener cierta dependencia del poder adjudicador con quien contrata. Para el profesor Laurent Richer la dependencia del contratista es tanto administrativa como económica, “*Il est nécessaire que le prestataire ne puisse être qualifié de tiers, ce qui résulte d’un double test de dépendance à la fois administrative et économique*” (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 388). Ante todo, es necesario conservar esta dependencia.

Lo que hace particular al contrato de *quasi-régie*, y por lo tanto lo que permite que se constituya como una excepción a las reglas de publicidad y de competencia, es que su identificación está condicionada a la existencia de los criterios de control análogo, de participación de capitales privados, y a las actividades que realiza la entidad controlada.

²⁰ Código de la Commande publique, Partie législative créé par Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

«Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu’il agit en qualité d’entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies(...)».

El control análogo como condición obligatoria para identificar el contrato de *quasi-régie*, es señalado por el artículo L2511-1 del código de la *commande publique*, el cual destaca que el poder adjudicador debe ejercer un tal control; como el que él ejerce sobre sus propios servicios, sobre la persona jurídica controlada (Code de la *commande publique*, 2018). De la misma manera, este artículo indica que para que el control análogo exista, es necesario que el poder adjudicador ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada, la influencia se ve reflejada tanto en objetivos estratégicos como en las decisiones importantes que toma la persona jurídica. Lauren Richer explica que esta condición «mantiene un enfoque subjetivo, que sin duda es inevitable» (Richer, Laurent; Lichère, François, 2016, pág. 389). El control análogo también se puede ejercer de forma conjunta, es decir, varios poderes adjudicadores pueden ejercerlo sobre una entidad, siempre y cuando que todos los poderes adjudicadores estén asociados con la entidad, incluso si su participación es baja, tal como lo establece la jurisprudencia ASEMFO de 2007 (Arrêt C-295/05, 2007).

En cuanto a la participación de capitales privados en la entidad controlada, en un primer tiempo la jurisprudencia europea previó la exclusión de todas las formas de capital privado en la entidad controlada en un contrato de *quasi-régie*, es el caso de las sentencias Stadt Halle y CONAME²¹. No obstante, las directivas europeas y la ley en el derecho francés han determinado la posibilidad de participación privada en determinadas condiciones. Es así como la jurisprudencia europea ha experimentado una atenuación considerable, la presencia de capital privado en una entidad que participa en el contrato de *quasi-régie* ya no es necesariamente una situación que excluye la adjudicación. En principio, la entidad controlada no debe involucrar la participación directa de capital privado, es decir, la participación del capital privado que no sea de forma directa se admitirá bajo ciertas condiciones: El capital privado no debe otorgar ningún control ni capacidad de bloqueo, estas formas de participación privada deben ser exigidas por la legislación nacional, y dichas participaciones no deben tener una influencia decisiva en la entidad controlada (Code de la *commande publique*, 2018)²².

La ley en materia de contratos públicos también indica que, para que exista un contrato de *quasi-régie*, “la entidad controlada realiza más del 80% de su actividad

²¹ Respecto a la relación de *quasi-régie* entre el poder adjudicador y la entidad controlada, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo: C-26/03 Stadt Halle de 11 de enero de 2005, dispuso que la participación, incluso minoritaria, de capital privado en la entidad controlada, excluye la posibilidad de control análogo. Esta idea fue confirmada por la sentencia No. C-231/03 CONAME v. Commune di Cingia de Botti de 21 de julio de 2005.

²² Estas condiciones son establecidas por el código de la *commande publique* en su artículo Article L2511-1, 3.

en el marco de las tareas que le confía el poder adjudicador, o que le confía otra persona jurídica que él controla” (Code de la commande publique, 2018)²³. Como lo explicó la Dirección de Asuntos Jurídicos, para considerar que el contratista está totalmente vinculado al poder adjudicador, las prestaciones de la entidad deben ser para el beneficio exclusivo del poder adjudicador (Direction des Affaires Juridiques, 2016, pág. 3). La idea es que las prestaciones de la persona jurídica controlada sean comparables a aquellas prestaciones a las cuales tendría acceso el poder adjudicador, si recurriera a sus recursos internos. Como resultado, se tendría una entidad que está totalmente dedicada a las necesidades de los poderes adjudicadores que la controlan. Por lo tanto, el otro 20% de la actividad se puede ejercer en el mercado.

Una vez que un contrato cumple con las condiciones establecidas, no estará sujeto a las reglas de publicidad y de competencia en materia contractual. Para explicar la lógica del contrato de *quasi-régie*, autores como Laurent Richer han recurrido a un análisis del principio de transparencia y del principio de libre administración de la administración pública. Así, para este autor, en un principio el objetivo de las directivas europeas era la apertura del mercado interno, donde la competencia ocupaba un lugar primordial e incluso otros objetivos como la lucha contra la corrupción o el buen uso de los fondos públicos, se situaban en un lugar secundario. Sin embargo, señala el autor, la nueva directiva introduce un cambio muy importante, él indica que “*c’est la fin du tout concurrentiel*”, actualmente objetivos como la libre elección de las autoridades públicas se ubican al mismo nivel del desarrollo del mercado, de forma específica “*Cette directive ne remet pas en cause les postulats dérivés de l’exigence fondamentale d’ouverture du marché intérieur, mais elle introduit deux importants changements, d’une part en relativisant l’objectif d’ouverture à la concurrence*” (Richer, 2015).

Así las cosas, si bien puede existir una “relativización” de objetivos como la apertura a la competencia, el contrato de *quasi-régie* se presenta como una excepción fundamentada en circunstancias objetivas, ante la imposibilidad de establecer en el derecho francés un trato preferencial apoyado en un criterio meramente orgánico.

Conclusiones

Tanto en Colombia como en Francia el ordenamiento jurídico permite la participación de sujetos de derecho público en los diversos procedimientos de selección del contratista. Sin embargo, se evidencia que la ley colombiana va más

²³ Nuevamente una condición del artículo L2511-1, 2, del código de la commande publique.

allá y otorga un tipo de tratamiento preferencial a estos sujetos, permitiéndoles celebrar los contratos estatales bajo la modalidad de contratación directa y a partir de la causal de contratos interadministrativos.

En Colombia los contratos interadministrativos gozan de la modalidad de contratación directa gracias a la naturaleza pública del contratista, y su celebración está sujeta a dos requisitos: que exista una relación directa entre las obligaciones derivadas del contrato y el objeto de la entidad ejecutora, y que no se incurra en una de las causales que prohíben la conclusión de ciertos contratos por parte de determinadas entidades estatales, estas causales son establecidas para combatir los posibles casos de corrupción; que en todo caso, son muy frecuentes en este tipo de contrato. Por el contrario, si bien el derecho francés hasta hace algún tiempo permitía que este tipo de relaciones interadministrativas fueran celebradas de forma directa, actualmente y gracias a la influencia del derecho europeo, los sujetos de derecho público encarnan la noción de operador económico y se establece que su comportamiento en el mercado es como el de cualquier sujeto de derecho privado. En Francia sólo las circunstancias objetivas y debidamente justificadas permiten que las reglas de publicidad y de competencia puedan ser excluidas, no se encuentra fundamento alguno para una causal de contratación directa en contratos interadministrativos.

Una de las causales que permiten la contratación directa entre ciertos sujetos de derecho público es la causal de contratos de *quasi-régie* o *in house*, los cuales presentan una serie de requisitos que buscan no afectar el mercado y conciliar los principios de libertad de organización de personas públicas y de libre competencia.

A partir del caso francés, es posible cuestionar si la causal colombiana de contratación directa en contratos interadministrativos realmente garantiza que la competencia en el mercado no se vea afectada, o que la selección objetiva del contratista no se encuentre transgredida. De igual manera, podría eventualmente debatirse la conveniencia de desarrollar un concepto de operador económico en Colombia al estilo de los países europeos, esto con el fin de incrementar la igualdad entre los proponentes y fortalecer la competencia en el mercado de compra pública.

Referencias

Didriche, O. (2015). La CJUE précise (également) les conditions de la candidature d'une personne publique à une procédure de marché- Commentaire CJUE C-568/13 18 décembre 2014. *Revista AJ Collectivités Territoriales*, 206. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/ocumentation/Document?id=AJCT/S/2015/0192&ctxt=0_0MT1hIENKVUUGcHLDqWNpc2UgKMOpZ2FsZWl1bnQpIG

xlcyBjb25kaXRpb25zIGRIIGxhIGNhbmRpZGF0dXJIIGQndW5lIHBlcnNvbW5l
IHB1YmxcXVIIIMogIHVuZSBwcm9jw6lkdXJIIGRIIGI

- Amilhat, M. (2015). *Passation des marchés publics - Principes fondamentaux. Fascicule Jurisclasseur n° 635*. Récupéré sur <https://www.lexis360.fr>
- Araújo Oñate, R., Barrantes Venegas, C. P., Betancur Escobar, L. I., Castro Cuenca, C., & Alvarez Rojas, F. (2011). *Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Arrêt C-295/05. (2007, avril 19). Cour de Justice Européenne. Deuxième chambre. *M.P.: R. Schintgen*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: No. C-295/05.
- Arrêt C-305. (2009, Diciembre 23). Cour de Justice de l'Union Européenne. Quatrième chambre. *M.P.: K. Lenaerts*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: N. C-305/08. Récupéré sur <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-305/08&td=ALL>
- Arrêt C-324/98. (2000, Diciembre 7). Cour de Justice des Communautés Européennes. Sixième chambre. *M.P.: J.-P. Puissechet*. Luxembourg, Luxembourg: Référence: No. C-324/98. Récupéré sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0324>
- Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi. (2014, Diciembre 18). Cour de Justice de l'Union Européenne. Cinquième chambre. N. C-568/13. Récupéré sur <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-568/13>
- Chávez Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre gestión pública y la actividad contractual. 2.ª ed.* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.
- Code de la commande publique. (2018, Diciembre 5). Ministère de l'Economie et des Finances. *Partie législative créé par L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et partie réglementaire créé par le Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018*. Paris, France: Journal officiel de la République française du 5 décembre 2018. Récupéré sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5D1F215AB6FA29545DF55CA8C2D01A95.tplgfr21s_1?cidTexte=LEGITEXT000037701019&dateTexte=20190401
- Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau 212054. (2000, Octobre 16). Conseil d'État. Statuant au contentieux. *M.P.: Edouard Philippe*. Paris, Francia: Référence: N° 212054. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008056136>
- Dacosta, B. (2015). La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique- Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563. *Revista RFDA*, 57. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers./documentation/Document?id=RFDA/CHRON/2015/0029&ctxt=0_YSR0MT1hIGNhbmRpZGF0dXJIIGQndW5lIHGN-

vbGxIY3RpdmI0w6kgdGVycml0b3JpYWxlIIMogIGwnYXR0cmliidXRpb24gZCd-
1biBjb250cmF0IGRIIGNvbW1hbmRlIHBIYmxcXVIwqdkJG5UZXXh0ZTI

- De Grove-Valdeyron, N. (2017). La transposition du « in house » et de la « coopération public-public » : de nouvelles opportunités pour les collectivités publiques. *Revisita du marche commun et de l'Union Européenne*, 524-533. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.r/documentation/Document?id=RMC/CHRON/2017/0424&ctxt=0_YSR0MT1MYSB0cmFuc3Bvc2l0aW9uIGR1IMKrl-GluIGhvdXNIIMK7IGV0IGRIIGxhIMKrlGNvb3DDqXJhdGlviBwdWJsaWMT-cHVibGljIMK7IDogZGUgdm91dmVsbGVzIG9wcG9ydHVuaXTDqXPCp2Qk
- Decreto 1082. (2015, Mayo 26). Departamento Nacional de Planeación. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015. Récupéré sur https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1082_2015.htm
- Decreto 2474. (2008, julio 7). El Presidente de la República de Colombia. *Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 47.043 de julio 7 de 2008. Récupéré sur <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>
- Delaunay, B. (2018). La transparence de la vie économique. *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°59(59)*, 23-34. Récupéré sur <http://www.constructif.fr/articles/numeros/pdf/constructif-51.pdf>
- Département de l'Aisne 324156. (2009, Julio 10). Conseil d'État. 7ème et 2ème sous-sections réunies. *M.P.: Cécile Chaduteau-Monplaisir*. Paris, Francia: Référence: N° 324156. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020869563>
- Direction des Affaires Juridiques. (2016, enero 03). Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public - Fiche technique. *Economía, Finanzas, Acción y Cuentas Públicas*, pp. 1-16. Récupéré sur https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-entre-entites-secteur-public-2019.pdf
- Directive 2014/23/UE. (2014, febrero 26). Parlement et Conseil Européen. *sur l'attribution de contrats de concession*. Bruselas, Belgica: Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014. Récupéré sur https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2014_094_R_0001_01
- Directive 2014/24/UE. (2014, febrero 26). Parlement et Conseil européen. *sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE*. Bruselas, Belgica: Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014. Récupéré sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>
- Dreyfus, J.-D. (2016). Les contrats entre personnes publiques : actualité jurisprudentielle. *AJ Collectivités Territoriales*, 139. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJCT/CHRON/2016/0083&ctxt=0_

YSR0MT1MZXMGy29udHJhdHMgZW50cmUgcGVyc29ubmVzIHBIYmxcX-VlcYAGlGFjdHVhbG10w6kganVyaXNwcnVkZW50aWVsbGXCp2QkblRleHRl-Mj02QjEyMUZDQsKndCRzMDlGOUE2NTNBMMKneCR

- Dreyfus, Jean-David. (2000). Actualité des contrats entre personnes publiques. *Revista AJDA*, 575. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2000/0575&ctxt=0_YSR0MT1BY3R1YWxpdMO-pIGRlcyBjb250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJzb25uZXMGcHVibGlxdWVzwdkJK-G5UZxh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCP3QkczA9RjIBNjUzQTDcP3gkc2Y9cGFnZS-lyZWN0ZXJjaGU=&ct
- Durviaux, A. (2011). Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics - La notion d'opérateur économique, commentaire CJUE CoNISMa C-305/08 23 décembre 2009. *RTD Eur.*, 432. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2016/0597&ctxt=0_YSR-0MT1MYSBub3Rpb24gZCdvcmF0ZXVyIMOpY29ub21pcXVIIIEFubi-BMYXdyZW5jZcKnZCRuVGv4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMwPUY5QTY-1M0Ewwqd4JHNmPXBhZ2UtmVjaGVyY2hl&ctxt
- Durviaux, Ann Lawrence. (2015). Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics - L'impossibilité d'exclure un organisme de droit public en tant que tel des procédures des marchés publics s'il est un opérateur économique. *Revista RTD Eur.*, 387. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=RTDEUR/CHRON/2015/1056&ctxt=0_YSR0MT1MJ2ltcG9z-c2liaWxpdMOplGQnZXhjbHVyZSB1biBvcmdhbmlzbWUgZGUGZHIJvaXQgcHVi-bGljIEFubiBMYYXdyZW5jZcKnZCRuVGv4dGUyPTZCMTIxRkNCwqd0JHMw-PUY5QTY1M0Ewwqd4J
- Eckert, Gabriel. (2013). Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence. *Revista AJDA*, 849. Récupéré sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2013/0199&ctxt=0_YSR0MT1Db-250cmF0cyBlbnRyZSBwZXJzb25uZXMGcHVibGlxdWVzIGV0IGRyY2I0IGRIIGx-hlGNvbmNlcnJlbnNlwdkJKG5UZxh0ZTI9NkIxMjFGQ0LCP3QkczA9RjIBNjUz-QTDcP3gkc2Y9cGFnZS1
- Hoepffner, H. (2016). *Droit des contrats administratifs* (éd. 1). Paris, Francia: Editorial Dalloz.
- Levain, L., & Prats-Denoix, M. (2015). Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes. *Lexis 360 - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 1188. Récupéré sur https://www-lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr/Document/marche_public_les_relations_in_house_a_laune_des_nouvelles_directives_europeennes_etude/6rCBZiQ9lXpF7lt_yk7_o0QRY7H-Vn2tNiKisSLdZFE1?dat a=c0luZGV4PTUmckNvdW50PTc5MiY=&rndNum=1000735740&tsid=sear
- Ley 1150. (2007, julio 16). Congreso de la República. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras*

- disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Ley 1474. (2011, julio 12). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Ley 80. (1993, Octubre 28). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 2011. Recuperé sur http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Llorens, F., & Soler-Couteaux, P. (2011). Contrats « in house » - Coopération public-public et droit communautaire : quelles perspectives ? *Contrats et Marchés publics n° 12*, 11. Recuperé sur https://www-lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr/Document/contrats_in_house_cooperation_public_public_et_droit_communautaire_quelles_perspectives_/NGcMIRU9W3S0eUzkEQfaWvCFtneFr5g7T4Cybh6SEKsl?data=c0luZGV4PTMmckNvdW50PTc5MiY=&rndNum=1729056777&tsid=sea
- OECD. (2016). *Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference*. Paris: OECD Public Governance Reviews. Recuperé sur <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- Palacio Hincapie, J. (2004). *La contratación de entidades estatales* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Pastor, J.-M. (2009). Un département peut se porter candidat à un marché qui s'exécute hors de son territoire - commentaire CE département de l'Aisne. *AJDA, Dalloz*, 1402. Recuperé sur https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=AJDA/JURIS/2009/0809&ctxt=0_YSR-0MT1VbiBkw6lwYXJ0ZWl1bnQgcGV1dCBzZSBwb3J0ZXIyY2FuZGZlYX-Qgw6AgdW4gbWFyY2JdQSBxdWkgeydleMOpY3V0ZSBob3JzIGRlIHVbi-B0ZXJyaXRvaXJlwdkxJG5UZl9h0ZTI9NkIxMjF
- Richer, L. (2015). La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. *Contrats et marchés publics No. (2)(2)*. Recuperé sur https://lexis360.lexisnexis.fr/droit-document/article/contrats-marches-publics/02-2015/002_PS_CMP_CMP1502ET00002.htm#.XdRrZ9UzbiU
- Richer, Laurent; Lichère, François. (2016). *Droit des contrats Administratifs* (éd. 2). Issy-les-Moulineaux, Francia: LGDJ Lextenso.
- Royer, E. (2015). L'intérêt public local : une précision utile pour l'accès des collectivités territoriales à la commande publique. *AJ Collectivités Territoriales*, 158. Recuperé sur <https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/>

Document?id=AJCT/CHRON/2015/0115&ctxt=0_YSR0MT1MJ2ludMOpcO-qdCBwdWJsaWMgbG9jYWwgOiB1bmUgcHLDqWnp2lvbiB1dGlsZSBwb3VyI-GwnYWNjw6hzIGRlcyBjb2xsZWN0aXZpdMOpcyB0ZXJyaXRvcmlhbGVzIMO-glGxhwqdkJG5UZXh

- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho Administrativo* (éd. 1). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. (2009). Consideración sobre los contratos y convenios interadministrativos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(1), 1-24. Recuperé sur <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2592/2231>
- Sentencia Acción de Reparación Directa 49974. (2017, abril 26). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00482-01 (49974). Recuperé sur <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/679685557>
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 15324. (2007, Agosto 29). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: No. 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324). Recuperé sur <http://www.consejodeestado.gov.co/búsquedas/buscador-jurisprudencia/>
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 17767. (2011, Enero 31). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Olga Melida Valle De la Hoz*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación No. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01\(17767\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).pdf)
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 36805. (2010, marzo 3). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00043-00(36805). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00043-00\(36805\)A.pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00043-00(36805)A.pdf)
- Sentencia Acción Pública de Nulidad 37044. (2011, Marzo 7). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00070-00 (37044). Recuperé sur [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00070-00\(37044\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-26-000-2009-00070-00(37044).pdf)
- Sentencia Auto 50222. (2014, Mayo 14). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Mauricio Fajardo Gomez*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222). Recuperé sur [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30030616?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/ConsejoEstado/30030616?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

- Sentencia C-040. (2000, Enero 26). Corte Constitucional. La Sala plena. *M.P.: Fabio Moron Díaz*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente. D-2457. Récupéré sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-040-00.htm>
- Sentencia Casación 38464. (2015, Julio 8). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación N° 38464.
- Sentencia Concepto 2092. (2012, junio 28). Consejo de Estado. Sala de Consulta y de Servicio Civil. *C.P.: William Zambrano Cetina*. Bogotá D.C, Colombia: Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00016-00 (2092). Récupéré sur <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/busgador-jurisprudencia/>
- Société Armor SNC 35563. (2014, Diciembre 30). Conseil d'Etat, Assemblée. *P.: Laurence Marion*. Paris, Francia: Référence N° 355563. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000029998350&fastReqId=547552275&fastPos=1>
- Société Jean Louis Bernard Consultants 222208. (2012, noviembre 8). Conseil d'État. Statuant au contentieux. *M.P.: Edouard Philippe*. Paris, Francia: Référence: N° 222208. Récupéré sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008031533&fastReqId=915287025>