
FEDERACIÓN COLOMBIANA DE MUNICIPIOS

SOPORTE JURÍDICO

**DEFINICIÓN MODALIDAD DE CONTRATACIÓN, DOCUMENTOS DEL
CONTRATISTA, GARANTÍAS Y VERIFICACIÓN DE EXISTENCIA DE ACUERDO
INTERNACIONAL O TRATADO DE LIBRE COMERCIO.**

Bogotá D.C., Octubre de 2019

TRABAJAMOS POR LA DESCENTRALIZACIÓN, LA GOBERNABILIDAD, LA AUTONOMÍA LOCAL Y LA PAZ

Cra. 7 No. 74-56 - Piso 18, PBX: 57(1) 5934020 - Fax: 57 (1) 5934027

fcm@fcm.org.co - contacto@fcm.org.co - www.fcm.org.co

Bogotá D.C. Colombia - Suramérica

1. MODALIDAD DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA. SU JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 adicionado por el artículo 94 de la ley 1474 de 2011, señala que la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de; licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa.

Que el objeto del contrato que se suscriba es:

“Prestar por sus propios medios, con plena autonomía técnica, administrativa y operacional, sus servicios profesionales de capacitación en Gerencia Pública de Seguridad Vial, para dos (2) funcionarios de la Federación Colombiana de Municipios en cumplimiento de la función pública delegada.”

Colombia Compra Eficiente, en concepto de Julio de 2015, respecto de la contratación de actividades o cursos de capacitación señaló:

“La contratación de actividades o cursos de capacitación para los funcionarios de carrera es OBLIGACIÓN de las entidades estatales.

La contratación de actividades o cursos de capacitación hace parte del sistema de compras y contratación pública, entendiéndose por este como el conjunto de normas, arreglos institucionales, capacidad de gestión, procedimientos y prácticas asociadas a la compra y la contratación pública.

Para efectos de lo anterior, deben realizarse los estudios previos correspondientes.

En este orden de ideas dado que por regla general la selección de contratistas del Estado debe realizarse mediante el proceso de licitación pública, esta es la modalidad a seguir por parte de las entidades que pretendan contratar el servicio de educación y capacitación.

No obstante, EXCEPCIONALMENTE, en razón al monto del presupuesto oficial la escogencia puede adelantarse a través de un proceso de selección abreviada de menor o mínima cuantía. Incluso, en algunos casos igualmente excepcionales, dependiendo de la naturaleza específica del conocimiento que se pretenda impartir a los destinatarios, será viable acudir a la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con el contratista que demuestre cumplir con los requisitos exigidos por la entidad estatal y demuestre que tiene la capacidad de ejecutar el objeto del contrato”. (Subraya nuestra).

También se puede acudir a la contratación directa cuando NO exista pluralidad de oferentes en el mercado. "Sin embargo debe tenerse en cuenta que para el servicio de educación y capacitación el precio NO puede ser el único factor determinante, pues no se trata de un servicio de características técnicas uniformes y de común utilización".

El Doctor Jorge Pino Ricci, en concepto de fecha 16 de febrero de 2013, al resolver la pregunta: *¿Cuál es la modalidad de contratación y el tipo de contrato a suscribir, cuando se quiera contratar la capacitación de uno o más funcionarios en la universidad pública, privada o instituto de educación superior a través de un diplomado o especialización?*, afirmó que:

“Advirtiendo que la prestación de servicios de docencia que se requieren contratar son profesionales, la modalidad idónea de contratación, es el de contratación directa, en especial, bajo el tipo de contrato dispuesto en el artículo 3.4.2.5.1, del referido decreto, este es el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

Que, a partir del análisis efectuado por el área líder y de la propuesta recibida se observa que el curso será dictado por profesionales expertos en seguridad vial.

Que en el literal “h” numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se señala como causal de contratación directa:

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

Que en el mismo sentido el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 señala:

“Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”

Teniendo en cuenta que la capacitación que se requiere contratar es en temas relacionado con seguridad vial, que requieren de una labor intelectual, que solo puede ser desarrollada por profesionales en dicha materia, conlleva a la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales de capacitación, y la modalidad de

contratación aplicable es la contratación directa de que trata el literal “h” numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Ahora bien, en el entendido que el curso en Gerencia Pública de Seguridad Vial (Executive), se realizará del 18 al 22 de noviembre de 2019, en la sede de PONS Seguridad Vial, Glorieta de Rubén Darío 4 28010 en la ciudad de Madrid – España, por ende, siendo este el lugar de ejecución contractual, debemos remitirnos al artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual consagra:

“Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales [1896](#) y [2166](#) de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional [4266](#) de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-249](#) de 2004.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-249](#) de 2004, en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana.

(...)”

Conforme a lo dispuesto en el tercer inciso del citado artículo, los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera, y así lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia [C-249](#) de 2004, al señalar que:

“2.2. Valor vinculante de los tratados internacionales:

Como bien se sabe, los tratados internacionales debidamente celebrados y ratificados tienen fuerza vinculante entre los Estados miembros, de suerte que cada uno de ellos debe someterse a la preceptiva inserta en sus cláusulas, sin perjuicio de las salvedades que los mismos establezcan válidamente. En este sentido el Estado colombiano muestra una participación internacional que lo compromete al tenor de los correspondientes instrumentos supranacionales, y que para el caso en cuestión se puede resumir a través de los siguientes registros:

- *El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la ley 40 de 1933, y que consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución. El mismo principio se halla en los tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1940, si bien no están ratificados por Colombia. Al respecto conviene recordar que la ley 40 de 1933 fue declarada inexecutable en sentencia de 18 de junio de 1987 de la Corte Suprema de Justicia; pero que posteriormente, mediante la ley 33 de 1992 fue aprobado nuevamente el tratado (1888-1889).*

- *El tratado sobre Derecho Internacional Privado celebrado entre Colombia y Ecuador en Quito el 18 de junio de 1903. El cual fue confirmado por el presidente el 4 de agosto de 1904, posteriormente aprobado por la ley 13 de 1905 y finalmente canjeadas las ratificaciones en Quito el 31 de julio de 1907. En el artículo 4 de dicho tratado se estipula que la ejecución de los contratos se sujeta a la ley del lugar de su realización.*

De otra parte, a título de antecedente jurisprudencial resulta pertinente traer a colación los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 30 de 1986, donde, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 239 del decreto 222 de 1983, se afirmó:

En el caso que ahora se examina, lo único que ha hecho el legislador ha sido reconocer principios del Derecho Internacional privado, fundados en tesis de Savigny y aceptados universalmente, a cuyo tenor los contratos celebrados entre personas de distintos Estados deben regirse por la ley imperante en el lugar de su cumplimiento ("lex loci executionis") y los conflictos jurídicos que surjan habrán de resolverse por los jueces del lugar ("lex fori").

Esos principios con arreglo a los cuales se dirimen los conflictos de regímenes y jurisdicciones que necesariamente se plantearían y que serían insolubles si tales postulados no existieran, lo que conduciría al caos en las relaciones de Derecho Internacional Privado, fueron acogidos en el Tratado de Montevideo de 1888, aprobado por la ley 40 de 1933 y vueltos a consagrar en el de 1940 en cuya elaboración participó Colombia.

Este antecedente jurisprudencial es de gran importancia para el examen del artículo 13 acusado y, particularmente, en lo que hace a su inciso segundo."

Así mismo, en la mencionada sentencia se indicó que:

"2.3.3. El tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 dispone:

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Apoyándose nuevamente en el criterio del lugar de ejecución de los contratos (lex loci solutionis) el tercer inciso deja al arbitrio de las partes la aplicación del régimen extranjero a los contratos que, habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior; lo cual resulta coherente con el contenido normativo del segundo inciso del artículo demandado. Sin embargo, conviene hacer las siguientes precisiones:

Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en Colombia deben someterse al imperio de la Constitución y la ley de nuestro país, en consonancia con el respeto y acatamiento que los nacionales y extranjeros le deben profesar a las autoridades. Así entonces, por principio todo acto jurídico, todo contrato que se celebre en Colombia, debe sujetarse a la normatividad nacional. Por donde, al tenor del prenotado inciso se impone entender que "Los contratos que se celebren en Colombia", deben someterse al régimen contractual nacional.

Asimismo, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la preceptiva nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual. Con igual criterio, si la ejecución en el extranjero sólo ocurre en forma parcial, en esa misma proporción se puede aplicar la ley extranjera en su ejecución. Inteligencia jurídica ésta que a su vez no atenta contra el derecho a la igualdad de los colombianos frente a los extranjeros, y por supuesto, frente al derecho al trabajo. (Subraya fuera de texto).

Como bien se aprecia, en ejercicio de su soberanía el Estado Colombiano reconoció la existencia de un elemento extranjero para regular mediante ley la norma de conflicto aplicable a la ejecución –en país extraño- de un contrato celebrado en Colombia, destacándose, además, que la aplicación del derecho extranjero en tal evento no es forzosa. Por el contrario, ella queda al arbitrio de las partes, correspondiéndole por tanto a los representantes de Colombia celebrar los respectivos contratos estatales con cabal respeto y acatamiento hacia los imperativos de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, según se ha visto. Para lo cual deberán atenderse las circunstancias y posibilidades de cada objeto contractual en orden a la realización de las tareas públicas en condiciones de viabilidad financiera, tecnológica y operativa.

En concordancia con lo expresado la Corte acoge los planteamientos de la Vista Fiscal, quien al referirse al inciso en comentario concluye que tampoco se quebrantan los artículos 13, 25 y 100 de la Carta, en la medida en que no se privilegia a los extranjeros, pues según se ha visto, la eventual remisión a las normas extranjeras –para la ejecución en el extranjero- sólo puede tener lugar después de perfeccionado el contrato en Colombia bajo la ley nacional; lo cual engloba el proceso de selección, que al amparo de la legislación colombiana, frente a la igualdad para contratar, prefiere la oferta de bienes y servicios de origen nacional, según voces del inciso cuarto del artículo 21 de la ley 80 de 1993, aspectos que en modo alguno son desconocidos por las disposiciones demandadas.

Como consecuencia de todo lo expuesto la Sala entiende que el inciso en cuestión ofrece dos interpretaciones, a saber: (i) que la celebración de un contrato y su ejecución parcial en Colombia se someten al derecho extranjero; (ii) que la celebración en Colombia y la ejecución o parte de ella en el territorio nacional, se sujetan a la ley nacional.

La primera interpretación es inconstitucional por cuanto en el territorio de un Estado los actos jurídicos celebrados o ejecutados se someten a la Constitución y las leyes de ese Estado. La soberanía de un Estado se traduce en que los actos jurídicos celebrados o ejecutados en su territorio se sujetan a su orden jurídico. No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio. Si el orden jurídico de un Estado no rige en su propio territorio, lo que quiere decir es que rige el de otro Estado extranjero, y eso hace que el Estado no sea soberano; por esta razón la primera interpretación es contraria a la Constitución.”

Ahora bien, en el entendido de que la celebración del contrato se realizará en Colombia y se ejecutará Madrid - España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la normativa aplicable para la ejecución será el régimen jurídico español dispuesto para este tipo de contratos.

2. DOCUMENTOS DEL CONTRATISTA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 019 de 2012, en los procesos de contratación directa, no es necesaria la inscripción de los contratistas en el Registro Único de Proponentes.

Sin embargo, para efectos de esta contratación, la entidad verificará las condiciones del contratista a través de los siguientes documentos, que deberán ser aportados junto con la propuesta.

6.1 CAPACIDAD JURÍDICA

1. Propuesta
2. Documento Nacional de identificación del Representante Legal
3. Poder representación legal
4. Certificado de Antecedentes Fiscales de la persona jurídica y su representante legal, expedido por la Contraloría General de la República, vigentes.
5. Certificado de Antecedentes Disciplinarios de la persona jurídica y su representante legal, expedido por la Procuraduría General de la Nación, vigentes.
6. Certificado de antecedentes judiciales, expedido por la Policía Nacional de Colombia, vigente.
7. Hoja de vida de la función pública.

3. GARANTÍAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015, en concordancia con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, no es obligatoria la exigencia de garantías.

4. VERIFICACIÓN EXISTENCIA DE UN ACUERDO INTERNACIONAL O TRATADO DE LIBRE COMERCIO

En virtud de lo establecido en el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en procesos de Contratación M-MACPC-07 actualizado el 05 de enero de 2016, se procede a determinar si la contratación se encuentra cubierta por un acuerdo internacional o tratado de libre comercio, así:

Actualmente el estado colombiano tiene vigente los siguientes acuerdos internacionales o tratados de libre comercio con compromisos en materia de contratación pública con los siguientes países: Canadá, Chile, Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras, Estados AELC¹, México, Unión Europea².

La Federación Colombiana de Municipios es una persona jurídica sin ánimo de lucro, de naturaleza asociativa y de carácter gremial, que se rige por el derecho privado, organizada con base en la libertad de asociación prevista en el artículo 38 de la Constitución Política.

Por disposición del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, “*Código Nacional de Tránsito Terrestre*”, le ha sido asignada una función pública consistente en implementar y mantener actualizado a nivel nacional el Sistema Integrado de Información Sobre Las Multas Y Sanciones Por Infracciones De Tránsito – Simit”, por lo tanto en desarrollo de la función pública asignada se encuentra sometida las normas propias del derecho público en cuanto a los regímenes de los actos unilaterales, la contratación, los controles y la responsabilidad, los cuales son propios de las entidades estatales, siendo aplicable entonces para la presente contratación, los procedimientos contemplados en la Ley 80 de 1993.

Si bien es cierto la Federación Colombiana de Municipios administra a nivel Nacional el Sistema Integrado de Información Sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito, no es una entidad del nivel nacional ya que no hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público y no depende del Gobierno Nacional.

¹ Los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA por sus siglas en inglés) son: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza

² Los Estados de la Unión Europea son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

Así mismo, y de acuerdo con el literal “C” del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en procesos de Contratación M-MACPC-07, se observa que la Federación Colombiana de Municipios no se encuentra incluida de manera expresa en las entidades incluidas en los Acuerdos Comerciales por lo que se concluye que no estaría cubierta por los tratados de libre comercio relacionados anteriormente.

Atentamente,

Original firmado

JULIO ALFONSO PEÑUELA
Coordinador del Grupo Jurídico

Elaboró: Nini Johanna Franco Montoya - Profesional del Grupo Jurídico
Revisó: Nini Johanna Franco Montoya - Profesional del Grupo Jurídico