

**IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

JOSÉ HANS BARRETO GONZÁLEZ

TUTOR:

MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO
PÚBLICO**

BOGOTÁ D.C.

2016

Contenido

Capítulo I.....	10
Concepto de transparencia y fundamento en la reforma a la contratación pública en Colombia.....	10
Concepto legal de transparencia.....	10
Concepto doctrinal de transparencia	11
Concepto jurisprudencial de transparencia	16
Función administrativa en Colombia y el principio de transparencia.....	23
La transparencia como fundamento de la reforma a la contratación pública.....	25
Capítulo II	28
Reformas implementadas con la Ley 1150 de 2007, sus Decretos reglamentarios y el principio de transparencia.....	28
Reseña histórica general de la contratación pública en Colombia	30
Principio de transparencia y actual régimen de contratación pública.....	39
Capítulo III	67
Consideraciones a la reforma aplicada en la contratación pública desde la óptica del principio de transparencia.....	67
Ley 1450 de 2011: por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014	68
Ley 1474 de 2011: “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”	69
Decreto 019 de 2012: “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”	74
Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”	79

Principio de publicidad y transparencia en el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1150 de 2007	85
Regla de subsanabilidad y transparencia en el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1150 de 2007.....	89
Conclusiones	96
Bibliografía.....	107
Doctrina.....	107
Jurisprudencia.....	110
Normativa.....	112
Fuentes Noticiosas Diarios de amplia circulación.	116
Recursos electrónicos	116

Tablas

Tabla 1. Modalidades de contratación.....	48
---	----

Figuras

Figura 1.	55
----------------	----

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991, estableció a partir del artículo 209, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Los principios anteriormente señalados, son algunos que de manera general el Constituyente de 1991, quiso señalar por vía de norma suprema, toda vez que la legislación consagra y detalla otros principios que regulan la actuación de los servidores públicos y de los particulares.

Con la promulgación de la Ley 80 de 1993, en sus artículos 23 y siguientes se incluyen los principios de transparencia, economía y responsabilidad, orientando la actuación de quienes intervengan en la contratación estatal de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 489 de 1998 se reafirma la aplicación de los principios rectores en materia administrativa, por tanto se ordena en su artículo tercero (3º) que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

La orientación constitucional fue complementada recientemente con la expedición de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual fue expedido el Código de Procedimiento Administrativo

y de lo Contencioso Administrativo. Esta norma que derogó el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), ordena a través de su artículo tercero (3°), que el actuar de las autoridades, deberá ceñirse a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en las leyes especiales y particularmente sobre los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Al analizar la potencial efectividad del cumplimiento estricto de los principios ordenados en la normativa colombiana, encontramos una serie de conceptos que propugnan por su materialización y la búsqueda para que los mismos sean alcanzados mediante el irrestricto respeto y aplicación de procedimientos que den muestra de protección a las garantías constitucionales y a los derechos de las personas, encontrando que la Contratación Pública, en su finalidad de satisfacción del interés general, se encuentra plenamente orientada por los principios ya citados.

No obstante el ingente esfuerzo legislativo para que los principios fuesen aplicados al marco de la Contratación Pública, se presentó la necesidad de efectuar una reforma, la cual fue materializada mediante la Ley 1150 de 2007, la cual tuvo como finalidad alcanzar una contratación ágil y justa, como también una administración objetiva, transparente y eficaz.

Ahora bien, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben guiar la actuación de la administración pública.

Bajo el anterior contexto y en aras de establecer el verdadero cumplimiento del objetivo propuesto por la Legislación Colombiana en materia contractual, se plantea como el problema a analizar y desarrollar con el presente trabajo de investigación lo siguiente: *¿Ha alcanzado el Gobierno colombiano el objetivo propuesto con la reforma a la contratación pública, en procura de asegurar una contratación pública eficiente, transparente y ajena al fenómeno de la corrupción?*

Con el fin de establecer una ruta metodológica que permita analizar y desarrollar la estructura y base del presente trabajo, se propone como objetivo general llegar a determinar si al cabo de nueve años de la expedición de la Ley 1150 de 2007, como norma de carácter modificatorio a la Ley 80 de 1993, se alcanzó el objetivo propuesto, cual fue introducir medidas para la eficiencia y la transparencia, que permitieran hacer del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción (Ley 1150 de 2007. exposición de motivos. Gaceta del Congreso 458 de 2005).

De otra parte, para responder a las pregunta de investigación resulta necesario en primer lugar determinar el concepto de transparencia de cara a la reforma de la Contratación pública en Colombia; en segundo lugar, describir y efectuar un análisis a la normativa más relevante de que fue objeto la modificación introducida con la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, respecto del principio de transparencia; finalmente, demostrar que la continua y persistente expedición normativa como mecanismo adoptado por el Ejecutivo para responder entre otras razones a los pronunciamientos del Consejo de Estado en la materia (suspensiones provisionales

y nulidades de normas), ha ocasionado inseguridad e inestabilidad jurídica en la materia y por tanto el latente quebrantamiento al principio de transparencia

Para el efecto, el presente trabajo se encuentra estructurado en tres (3) capítulos, a saber:

En el capítulo primero se trabajará el concepto de transparencia desde distintas ópticas y su fundamento de cara a la reforma de la Contratación pública en Colombia.

El segundo capítulo contiene una breve descripción de la normativa más relevante que fue objeto de modificación con la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, respecto del principio de transparencia.

En el capítulo tercero pretendo demostrar como la continua expedición normativa, mecanismo adoptado por el Ejecutivo para responder a los pronunciamientos del Consejo de Estado en la materia (suspensiones provisionales y nulidades de normas), ha ocasionado inseguridad e inestabilidad jurídica en la materia y por tanto el latente quebrantamiento del principio de transparencia.

Considerando el problema planteado objeto del presente trabajo de investigación, se genera un hipotético planteamiento como respuesta provisional al mismo, que al efecto busca demostrar como a pesar de las constantes modificaciones que el Ejecutivo ha implementado al Estatuto Único de Contratación Pública, aún persisten fisuras normativas que afectan a dicho conjunto de normas, para lo cual desde la academia, me propongo plantear mecanismos de solución, sin perjuicio que sea la misma academia y/o la administración pública las encargadas de

analizar, estudiar y mejorar a lo largo de diferentes futuras modificaciones que se realicen a la normativa que regula la contratación estatal.

Con el propósito de obtener el título de Maestro en Derecho Público, se pretende acoger como material de análisis el principio de transparencia, por considerar este el reflejo y estandarte del recto actuar en la función administrativa. De otra parte, considerando que la modificación de la Ley 80 de 1993, surtida en el año 2007 mediante la expedición de la Ley 1150 tuvo su fundamento en la búsqueda plena para dar aplicación de manera irrestricta, y eficaz del principio de transparencia, resulta más que necesario, efectuar un análisis al desarrollo normativo en procura de identificar la aplicación que desde la jurisprudencia se ha suscitado.

Resulta vital establecer como resultado del presente trabajo de investigación, determinar la efectividad de la reforma legal aplicada y su respectivo y amplio marco reglamentario en lo que al fenómeno de la corrupción se refiere, por cuanto uno de los más importantes postulados, expuestos para implementar la reforma al Estatuto de la Contratación, resultó ser precisamente a juicio de los ponentes del proyecto de Ley, el generar herramientas adversas que atacaran directamente el accionar de la corrupción.

Desde ya y sin mayor reparo, a partir de la continua publicación en medios de amplia difusión, como prensa, radio, televisión e información vía web, nos encontramos con grandes escándalos producto de la corrupción en la actividad contractual, donde muy a pesar de encontrarse de por medio la plena aplicación del marco normativo que señala la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), la Ley 1150 de 2007 (modificatoria de la Ley 80 de 1993) y el

decreto reglamentario que al turno le corresponda (actualmente el Decreto 1082 de 2015), lo que conlleva a afirmar que el fenómeno de la corrupción continua y persiste en nuestra sociedad, resultando insuficiente las medidas adoptadas.

En caso de comprobarse la hipótesis antes planteada, se establecerá desde la estructuración del presente trabajo de investigación, una propuesta encaminada a hacer de la contratación pública una actividad eficiente y transparente, fortaleciendo y dinamizando sus procesos y ante todo que realmente se constituya en una herramienta sólida que combata el flagelo de la corrupción.

Espero que el presente trabajo sea objeto de críticas, de mejoras e incluso sea utilizado como una herramienta pedagógica para brindarle el verdadero valor e importancia al principio de la transparencia en la contratación pública.

Capítulo I

Concepto de transparencia y fundamento en la reforma a la contratación pública en Colombia.

Previo a desarrollar el concepto del principio transparencia es necesario que abordemos el concepto legal, doctrinal y jurisprudencial, señalando finalmente que el principio de la transparencia se asocia a la función pública y que además ha sido primordial para las diferentes reformas llevadas a cabo.

Concepto legal de transparencia

En materia de contratación pública, el principio de transparencia tiene su origen a partir del artículo 209 la Constitución Política de 1991, desarrollado ampliamente en su momento por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y reafirmado hoy en día por el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, como aquel principio que señala que la actividad administrativa es de dominio público, es decir pertenece a todos los administrados y por lo tanto cualquiera tiene derecho a disponer de la misma y saber qué actividad administrativa ha desplegado la administración. Téngase en cuenta que esta es la regla general, la cual tiene excepciones a su aplicación, las cuales deben estar taxativamente señaladas, por ejemplo, las actividades que versan sobre la seguridad y defensa nacional.

De igual manera y para apoyar la idea anterior, a raíz de la expedición de la Ley 1712 de 2014, reglamentada parcialmente por el Decreto 103 de 2015, refiere al principio de transparencia como el acceso a la información pública y señala, en el artículo tres (3), que la transparencia es:

[u]n principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley. (Ley 1712 de 2014)

De lo anterior, básicamente se extrae que el principio de transparencia significa proporcionar y facilitar la información a cualquier interesado que no se encuentre sometida a reserva.

Concepto doctrinal de transparencia

Para el Doctor Edmundo del Castillo, (aplegis. Recuperado internet 16/09/2014) la transparencia como principio plantea una serie de hechos que definitivamente abarcan el recto actuar de la Administración; refiere el autor:

Una perspectiva como la descrita se fundamenta, adicionalmente, en el hecho consistente en que entre las motivaciones fundamentales de la reforma al Estatuto de la Contratación parece encontrarse la optimización de la transparencia en la actividad contractual del Estado. Lo anterior se deduce (i) del título de la ley en la

medida en indica que a través de ella se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia de la ley 80 de 1993 y (ii) del contenido de la exposición de motivos formulada por el Gobierno Nacional al presentar el proyecto de ley al Congreso dado que allí se indica, entre otras cosas y al vincular el concepto de transparencia con el de eficiencia, que sólo si el proceso contractual es más eficiente, podrá el mismo ser más transparente. (s.f.)

Muestra el Dr. Del Castillo, que una de las motivaciones que dieron origen a la reforma del estatuto de contratación existente, se encuentra en la lucha férrea para que la transparencia estuviese presente en el actuar de la contratación pública.

Así mismo, mediante publicación de la Contraloría General de la República, se menciona;

La contratación estatal consagra básicamente tres principios como son: la transparencia, la economía y la responsabilidad, sin dejar de lado los principios generales y particulares del derecho administrativo, al igual que los postulados que rigen la función administrativa

Principio de Transparencia

Es un principio clave que encierra los demás principios. Se debe ser imparcial y por tanto se debe dar el principio de igualdad. También se debe aplicar el principio de la publicidad y el respeto de los procedimientos. El principio de transparencia busca básicamente que los contratistas sean escogidos de una forma imparcial, según unas reglas claras, precisas, completas y objetivas.

Se consagra básicamente:

Que los proponentes tengan igualdad de oportunidades

Que la selección del contratista se haga siempre por licitación o concurso, salvo las excepciones que consagra la ley.

Que la licitación se adjudique en audiencia pública, a solicitud de cualquier proponente.

Todo el proceso contractual debe ser público, y por tanto las partes interesadas tienen derecho a que se les expida copias de las actuaciones, excepto las que por ley considere reservadas.

Los proponentes pueden conocer y controvertir los pronunciamientos de la administración en desarrollo de la licitación o concurso.

Los pliegos de condiciones deben estar bien elaborados, con reglas claras, precisas, completas, justas y objetivas y las ofertas deben reunir los mismos requisitos.

Hacer público el llamado a los contratistas permitiéndoseles a estos participar y competir con plena libertad.

Fundamentar y explicar cualquier decisión que la administración tome en desarrollo del proceso contractual. (2011, p. 22).

Como se observa en la guía indicada por el Órgano de Control, la transparencia direcciona todo el actuar de la Administración y se ha convertido en el pilar fundamental de los demás principios; de allí se puede extraer que ejecutando procesos contractuales abiertos al público, con reglas claras, con términos preclusivos, con celeridad en las actuaciones y en términos generales,

donde se pueda llegar a calificar el ejercicio de la Administración Pública libre de cualquier sospecha de subjetividad.

En texto publicado por la Universidad del Rosario, donde se incorpora distintas perspectivas referentes a la reforma a la contratación pública, se menciona que:

“Las modificaciones introducidas al principio de selección objetiva buscan la participación de un mayor número de proponentes en los procesos de selección, es importante hacer referencia a los aspectos relacionados con el principio de transparencia que es transversal a todas las modificaciones de las que hemos venido hablando. (Araujo, 2011, p. 8)

Aunado a lo anterior, refiere la Dra. Bertha Cecilia Rosero (2014) que el principio de transparencia se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y lo que se busca básicamente es la eficiencia del contrato, utilizando para ello reglas de selección objetivas, igualdad de oportunidades y condiciones para los proponentes, estableciendo las adecuadas condiciones para participar en el proceso y publicando todos y cada uno de los actos administrativos que puedan incidir en la selección del contratista.

Ahora bien, una perspectiva mucho más reciente relacionada con los principios que regulan la actividad contractual en nuestra legislación, la presenta el Profesor Carlos Pachón Lucas (2014), en los siguientes términos:

“Los principios de la administración pública, de rango constitucional y legal, son transversales en el sector oficial y se extienden a las personal particulares que ejercen funciones públicas. La ley 1150 es clara en exigir a las entidades y contratos en los que

no rige el EGCP (estatuto general de la contratación pública), el cumplimiento de los principios constitucionales de la administración pública.” (Pachón, 2014, p 13)

Desarrollando el tema en el mismo texto, el Profesor Pachón, señala:

Transparencia. Busca la imparcialidad, la igualdad de oportunidades, la publicidad, el debido proceso y la selección objetiva de los contratistas, aun en la adjudicación directa.

Este principio tiene su desarrollo en la Ley 80 (arts. 23 y 24 con las modificaciones de la ley 1150, art, 2) y el reglamento. Se materializa de diversas formas conocidas en los procesos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos”. (Pachón, 2014, p 165)

“Los principios no son enunciados abstractos. Tampoco son exclusividad del mundo jurídico. (Pachón, 2014, p 170)

Tomando estas referencias doctrinales, podemos señalar que entre todas las definiciones se encuentra un común denominador y es la universalidad en la aplicación del principio de transparencia a la contratación pública y en general al actuar de la administración; así pues al abarcar el principio de transparencia todos los demás principios administrativos, como por ejemplo la igualdad, legalidad, la publicidad y la imparcialidad, este se consolida como el presupuesto de la eficiencia y la eficacia del actuar de la administración y como la columna vertebral de todo el sistema.

Concepto jurisprudencial de transparencia

En distintas oportunidades la jurisprudencia colombiana aborda la transparencia como un principio que refiere a las actuaciones por parte de las Entidades Públicas; mediante sentencia C-508 de 2002, la Sala Plena de la Corte Constitucional, siendo Magistrado Ponente el Dr. Alfredo Beltrán Sierra, respecto de una demanda interpuesta contra el parágrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dijo:

Así las cosas, en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios ya mencionados en el párrafo precedente. La selección del contratista mediante la licitación pública o concurso, como lo señaló este Tribunal, es uno de los aspectos que merece especial interés en el Estatuto de Contratación Pública, pues se garantiza que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia del contratista, serán claros, nítidos, transparentes, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho (art. 1 C.P.).

(...) Ello significa, que los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, precisa de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la

contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.

De lo anterior se extrae que para la Corte Constitucional, el recto actuar de las Entidades es la materialización de los principios que regulan la actividad administrativa del Estado y para la contratación estatal, la transparencia es el pilar fundamental de dichos principios.

De igual manera, el Consejo de Estado, mediante fallo del 31 de enero de 2011, con ponencia de la Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz, refiriéndose al principio de transparencia, señaló:

Del principio de transparencia.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la

publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración” (Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007).

En consecuencia, con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

(...)Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados.

Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”.

En conclusión, al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía,

responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez”.

En esta oportunidad, el fallo proferido en la sentencia que se acaba de enunciar, enlaza de forma directa, los fines que la contratación estatal busca, con los principios que la regulan, anteponiendo el principio de transparencia como eje fundamental y sobre el cual convergen los demás principios.

Finalmente y como conclusión, nuestro concepto de transparencia como principio y fin del recto actuar de la Administración Pública, se constituye en la materialización sin distinción alguna de todos y cada uno de los principios que nuestra Constitución Política en el artículo 209 ha incorporado y que en la legislación se han desarrollado, valga señalar de la moralidad, eficiencia, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad, publicidad y el principio del interés general sobre el particular. El desconocimiento de uno cualquiera de los principios esbozados, quebranta *per se* la transparencia, que consiste precisamente en la observancia plena y total de los principios de la contratación administrativa para nuestro caso particular. Finalmente, el principio de la transparencia debe ser cumplida tanto por los administrados como por la administración, por cuanto las nuevas tendencias legales y judiciales establecidas en la Ley 1474 de 2011, se encaminan a la penalización de los actos de corrupción en un sentido amplio.

La forma más común de corrupción que en nuestro país se conoce, sin decir que sea la única, se traduce en la forma irregular del manejo del recurso público y/o la desviación del

mismo hacia intereses personales, así como también el indebido aprovechamiento de las posiciones privilegiadas que otorga la política.

Durante los últimos cuatro años se avanzó en la organización del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, se modificó el estatuto de contratación, se puso en marcha la Dirección de Regalías en el Departamento Nacional de Planeación y se ordenó la puesta en marcha del sistema de monitoreo, seguimiento y control de los recursos del Sistema General de Participaciones. Sin embargo, no se expidió una política integral de lucha contra la corrupción; no se actualizó la ley anti-corrupción como lo ofreció el Plan de Desarrollo, no se fortaleció suficientemente y se dio autonomía al Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, y no se puso en marcha el sistema de seguimiento a los recursos del Sistema General de Participaciones. De otra parte, aunque los órganos de control y la rama judicial han adelantado acciones de fortalecimiento, la impunidad sigue siendo muy elevada y la eficacia en materia de investigación y sanción insuficiente. Parecería que el Gobierno actual le da más peso a la expedición de normas contra la corrupción que a la creación de condiciones institucionales para su efectiva aplicación. De ahí la necesidad de articular el proyecto de ley anti-corrupción a una política integral de lucha contra la corrupción (Maldonado, 2011, p. 1)

En un concepto muy personal, resulta válido analizar que una de las posibles y potenciales causas que generan actos de corrupción a nivel de la Administración Pública, tiene su origen en el *“pago o devolución de favores o compromisos adquiridos en etapas pre-electorales”* por parte de los mandatarios o funcionarios públicos elegidos por voto popular.

En palabras de la Organización de Misión de Observación Electoral – MOE, mediante publicación del Doctor Juan Gabriel Navarrete Montoya, en cartilla publicada en marzo de 2010, se tiene que “el tema de financiación de la política ha adquirido una serie de particularidades dadas por el contexto de corrupción, que entre otras razones ha sido generado por grandes vacíos legislativos. Esto a su vez ha generado la necesidad de producir una normatividad muy específica en lo que se refiere al manejo de dineros por las organizaciones políticas” (p.4).

Esta situación tan delicada y que por su naturaleza merece todo reproche y el accionar de la Justicia, infortunadamente permea de manera directa la actividad contractual; de allí que sin ser materia de análisis y estudio del presente trabajo, se plantea la iniciativa para que la financiación y manejo de las campañas políticas, se adelante a través de la correcta administración de un único fondo común para todos los candidatos, donde se reciba de forma transparente y controlada los aportes de privados y públicos, de tal manera que su distribución se realice de manera equitativa, ajena a los intereses del candidato o de particulares y ante todo alejada de compromisos que puedan adquirir los candidatos con los aportantes voluntarios.

Hoy por hoy, en diferentes sociedades resulta ser del común, encontrar una estrecha relación en la corrupción y democracia. Para la Dra. Elisabeth Ungar, Directora de Transparencia por Colombia, mediante publicación en sitio oficial <http://www.razonpublica.com/index.php/econom%C3%ADa-y-sociedad/1510-la-corrupcion-en-colombia.html>. Recuperado el 26/07/2016, se menciona que “las prácticas corruptas impiden materializar los principios y los objetivos del Estado Social de Derecho, en la medida en que concentran en manos de unos pocos los recursos y bienes que deberían destinarse a intereses

colectivos; distorsionan la toma de decisiones a favor de intereses particulares; aumentan los costos de administración de bienes y servicios públicos y privados; debilitan el respeto por la autoridad, erosionan la confianza ciudadana en las instituciones, y contribuyen a debilitar la legitimidad del Estado.

Además de lo anterior, hay algunas condiciones estructurales del Estado colombiano, del sistema y del ejercicio político que se constituyen en caldo de cultivo para la corrupción. Entre ellas,

- La concentración creciente del poder en el Ejecutivo y las debilidades del sistema de pesos y contrapesos;
- El clientelismo;
- La impunidad;
- La falta de transparencia en la financiación de la política;
- La "cultura del atajo" y el "todo vale";
- Una débil cultura de rendición de cuentas;
- El incumplimiento por parte de muchas entidades públicas del derecho de acceso a la información;
- Fallas en el diseño de la institucionalidad estatal, e
- Incumplimiento de la normatividad vigente.

Además, la corrupción está inmersa en toda la sociedad, involucrando al sector público, al sector privado y a la ciudadanía. Dicho en otras palabras, el fenómeno parece estar relacionado con causas de orden ético, social, político y administrativo.

Visto lo anterior y ante el conocimiento público que se tiene respecto del flagelo de la corrupción, casi calificado como un común habitante de nuestra sociedad, con gran preocupación se pretende que al final del presente trabajo de investigación y un tanto ligada a la situación que se acaba de exponer de forma general, se plantea una propuesta para el manejo del recurso público como efecto de la ejecución presupuestal, lo cual sin lugar a dudas alejan de plano el interés subjetivo que latentemente permea la adecuada actividad contractual y ocasiona escenarios propicios para la corrupción.

Función administrativa en Colombia y el principio de transparencia

La Función Administrativa en Colombia se encuentra consagrada en nuestra Constitución –artículo 209-, de donde se desprende que dicho principio se encuentra al servicio del interés común para que, a través de las actuaciones y procedimientos de sus agentes, sea alcanzado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración Pública como el conjunto de actividades encaminadas al desarrollo propio de la vida del Estado, conlleva una serie de funciones que por jerarquía devienen de la Constitución Política y se encuentran reguladas por disposiciones legales o reglamentarias; la función administrativa, en cabeza del poder ejecutivo y

los órganos que lo componen, son el principal responsable del adecuado y transparente manejo del erario. En igual sentido, se tiene a la Administración como:

Un gran número de organismos e instituciones, con más o menos autonomía, producto del intervencionismo del Estado (Entidades financieras, de servicios públicos, empresas comerciales e industriales estatales, etc.) en todos los países la Administración hace parte y depende del ejecutivo - gobierno.

Cabría entonces distinguir ambas instituciones: el ejecutivo tiene que ver con la toma de decisiones políticas. La administración en el manejo de las actividades económicas, sociales y culturales a cargo el moderno Estado intervencionista (...) (Echeverry, 2002, p. 209)

Por otra parte, la función administrativa es “la actividad concreta, dirigida,(...) a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad” (Penagos, 1994, p. 294).

Hasta aquí, se puede encontrar que al hablar del principio de transparencia se hace alusión a la función administrativa como actividad pública que conlleva una serie de actuaciones de parte de los funcionarios. De este modo, el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991, señala que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y que a su vez se desarrolla con arreglo a una serie de principios, para el adecuado proceder en la actuación del agente del Estado; procedimientos reglados, públicos y de fácil acceso para los interesados y ciudadanía en general con total transparencia.

Por ejemplo, la globalización de mercado, unida a las comunicaciones, permite y obliga que los Estados avancen en mecanismos para el abierto acceso a la oferta de bienes y servicios, permitiendo internamente que correlativamente se establezcan procesos y procedimientos objetivos, claros, transparentes y de libre concurrencia para los oferentes. De este modo, el principio de transparencia, se encuentra íntimamente ligado con la Función Administrativa, en especial con la actividad contractual que desarrolla el Estado, como fuente para suplir el servicio público y el interés general.

La transparencia como fundamento de la reforma a la contratación pública

Los escándalos de corrupción en la ejecución del gasto, producto de la actividad contractual irregular que se adelantaba en algunos sectores públicos (infraestructura vial terrestre, obras públicas urbanas, adquisiciones para el sector defensa, entre otros), fue el factor determinante para que en su momento por iniciativa del Legislativo representando por el Señor Ministro del Interior y de Justicia de la época, Sabas Pretelt de la Vega y Andrés Uriel Gallego Henao, Ministro de Transporte, fuese presentada la iniciativa encaminada a la reforma del Estatuto de Contratación Pública, en procura de hacer de los procedimientos de contratación una actividad dinámica y TRANSPARENTE, lo que mitigaría ostensiblemente el fenómeno de corrupción.

Frente a la exposición de motivos que fue presentada (proyecto de Ley 20 de 2005 Senado), en su tercer intento por parte del Gobierno Nacional, se tuvo a la transparencia y la eficacia, como los principales argumentos que sustentaban la necesidad de modificar el estatuto

de Contratación pública. En su momento, el Gobierno Nacional refirió que los procesos contractuales eficientes eran más transparentes, lo que significa que la transparencia es directamente proporcional a la eficiencia y viceversa.

Aspectos como: la publicidad, la selección objetiva, la regla de subsanabilidad, la pluralidad de oferentes, la optimización de los recursos, el uso de herramientas tecnológicas, la moralidad pública, entre otros, se convirtieron en la pauta que marcaba la inminente necesidad de adelantar una reforma al estatuto de Contratación Pública. A juicio de los ponentes, la intención no era otra que introducir medidas puntuales que permitiera a las entidades públicas hacer más transparente y eficiente su gestión, de tal suerte que también se corrigieran algunas fallas que se estaban presentando en la aplicación de la norma vigente -Ley 80 de 1993-, que de alguna manera no poseía herramientas suficientes para prevenir la corrupción. Es por lo anterior, que se sancionó la Ley 1150 de 2007, *“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”*.

De lo anterior se desprende que los fundamentos esenciales que motivaron la reforma al marco de la Contratación Pública lo constituía la plena aplicación del principio de transparencia, con el fin de adelantar una actividad contractual pública, eficiente, eficaz y por ende el cumplimiento del cometido trazado por el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, es decir *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la*

consecución de dichos fines”, todo ello con la respectiva optimización del recurso público y el fin de la corrupción.

Como preámbulo a la tesis que se planteará en el desarrollo del presente trabajo, vale la pena precisar que infortunadamente y muy a pesar de los continuos esfuerzos realizados a través de la expedición y/o modificación normativa tendiente a minimizar o extinguir en el mejor de los casos el fenómeno de la corrupción, tal propósito no se ha alcanzado. Esto lo demuestra según informe publicado en diario “*El Espectador*” edición No. 36.829 del 22 de mayo de 2015, página 2, donde se menciona el “Informe de Transparencia por Colombia. Alto riesgo de corrupción en todo el país: la falta de claridad en la información pública, la ausencia de controles y la contratación a dedo abren el camino para el despilfarro de los recursos”.

A su turno y en igual sentido, mediante publicación de “*El Tiempo*” en su edición No. 36.687 del 22 de mayo de 2015, página 2 y en relación con el alto grado de riesgo que atraviesa el país en el fenómeno de la corrupción, retransmite la afirmación expuesta por la Dra. Elisabeth Ungar, Directora de la Fundación Transparencia por Colombia, según la cual: “.. el país lleva muchos años intentando abrir caminos que permitan hacer de la lucha contra la corrupción algo efectivo...”. Lo anterior ratifica la tesis aquí expuesta, donde evidentemente, la lucha contra el fenómeno de la corrupción ha sido férrea, pero no ha producido los resultados esperados.

Capítulo II

Reformas implementadas con la Ley 1150 de 2007, sus Decretos reglamentarios y el principio de transparencia

En el presente capítulo, estableceremos cuáles fueron las reformas implementadas con la expedición de la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación; en igual forma, la intervención jurisdiccional en la contratación pública y cómo el Ejecutivo ha desencadenado una dispersión normativa, lo cual ha conllevado a serios efectos sobre principio de transparencia.

Recientemente y para corroborar lo planteado en el trabajo que aquí se presenta, no podemos dejar de lado que mediante intervención al régimen de contratación pública en Colombia, el Ejecutivo expidió el Decreto No. 1082 del 26 de mayo de 2015, a través del cual *“se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*.

Llama especial atención y sobre lo cual quiero hacer énfasis, las consideraciones que presenta el Decreto 1082 de 2015, por cuanto en sus apartes, establece:

“Que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica.

Que constituye una política pública gubernamental la simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio.

Que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de compilar normas de la misma naturaleza.

Que por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente de cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia.

.....”

Resulta más que evidente a juicio del autor del presente trabajo, que las consideraciones que plantea el Decreto 1082 de 2015, se traducen en el reconocimiento pleno que el Gobierno manifiesta en relación con la tesis que a lo largo del desarrollo de investigación se ha venido decantando y que no es otra cosa distinta a la grave situación que atraviesa el marco jurídico contractual producto de la dispersión normativa y el afán por superar los vacíos que sin lugar a dudas, atentan contra los principios que regulan la actividad contractual y ponen en riesgos principalmente el principio de transparencia.

En el anterior contexto, vale resaltar que el Decreto 1082 de 2015, hace alusión a la “*eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica*”; no han sido suficientes más de 9 años que han transcurrido desde la reforma a la Ley 80 de 1993, a través de la Ley 1150 de 2007, para percatarse el Gobierno actual que definitivamente con más de 6 decretos reglamentarios principales y con la intervención del Consejo de Estado mediante distintos fallos, no son suficientes los esfuerzos y por tanto, la seguridad jurídica y la eficiencia

en materia económica y social (desgaste administrativo), acarrear serios problemas que se traducen en potenciales afectaciones al principio de transparencia.

El riguroso análisis que se presenta en el presente trabajo, seguimiento efectuado por su autor por más de 9 años a las modificaciones contractuales y su impacto al principio de transparencia, en la actualidad y en cabeza de Colombia Compra Eficiente, se encuentra en estado de actualización, por cuanto resulta de suma importancia y por demás, una razón confirmativa que estamos frente a un marco jurídico contractual que efectivamente es inseguro y por tanto permanentemente se encuentra amenazado.

Por lo anterior es claro que, considerando el argumento expuesto por el Ejecutivo en relación que el Decreto 1082 de 2015 no es otra cosa distinta a la compilación de la normativa reglamentaria extraída del Decreto 1510 de 2013; en el desarrollo del presente trabajo se realizará la referencia normativa de citadas normas, en tanto y en cuanto debemos precisar que el Decreto 1082 no cuenta con una derogatoria expresa del Decreto 1510 de 2013 y en consecuencia debe entenderse como una derogatoria integral (tácita).

Reseña histórica general de la contratación pública en Colombia

La contratación pública en Colombia ha venido desarrollándose a lo largo de la historia sobre la base de la adquisición de bienes y servicios que suplan las necesidades básicas del funcionamiento del aparato estatal. El transcurrir de la vida jurídica del Estado Colombiano, trajo consigo en materia de compras públicas, la estructuración de procesos y procedimientos de

carácter administrativo en aras de satisfacer la prestación de los servicios públicos, el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los ciudadanos.

Citando al profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza, expone que examinando el panorama actual, se reafirma la premisa obvia, que al margen de la imperante necesidad que resulta adelantar sobre algunos ajustes puntuales debido a errores legislativos y otros a realidades nuevas sobre todo por cambios tecnológicos, no resulta conveniente ni convincente la proliferación normativa.

...la continua y malsana variación del derecho positivo no genera un mejoramiento de la actividad contractual del Estado, sino un retroceso. A esta conclusión me arrimo si comparo lo existente en octubre de 1993 con lo actual, caracterizado hoy por una hiperinflación normativa, por exceso de procedimientos, por la permanencia con tendencia “alcista” de fenómenos de ineficiencia administrativa y de corrupción que las nuevas normas supuestamente pretendían corregir y por la existencia de una entidad de dirección contractual que como Colombia Compra Eficiente, tiene buenas intenciones, pero que se ve desbordada y a mi juicio negada para estatuir la realidad colombiana, quizá por el excesivo ojo avizor de legislaciones foráneas, a lo mejor con superior diseño al nuestro pero reguladoras de situaciones también muy distintas a las de acá, por lo que resulta predicable aquello de que lo que sirve para Dinamarca no es necesariamente bueno para Cundinamarca (Dávila, 2016, p. 1).

Concordante con lo que se acaba de citar, fue a partir del año 1993, con la expedición del único ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA -la Ley 80 de 1993- y en desarrollo y aplicación de la citada norma, que a juicio de los Congresistas de la época y conforme el respectivo informe de exposición de motivos presentado en aras de modificar el que hasta esa fecha era el Estatuto de Contratación Pública, Decreto 222 de 1983, que se observó una serie de dificultades y obstáculos que no permitían la optimización de los recursos públicos, además de generar como aspecto negativo, trámites administrativos subjetivos, engorrosos, amañados y que generaban un gran desgaste para la función Administrativa que terminaban vulnerando el principio de la transparencia.

Como consecuencia de lo anterior, se visualizó la posibilidad que todos estos aspectos negativos, eventualmente permitían la desviación de los recursos públicos, como resultado de procesos viciados de corrupción. El trabajo adelantado dio como resultado la promulgación de la Ley 80 de 1993, que mantuvo su dinámica hasta el año 2007, cuando fue incorporada una modificación a su contenido conforme la Ley 1150 del mismo año. En el informe presentado ante el Congreso de la República de exposición de motivos del proyecto de la Ley 1150, se justifica introducir modificaciones al régimen de contratación estatal, fundamentalmente por los siguientes motivos:

(...)Proponerle al Congreso de la República la modificación al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública que construya las bases de una política pública coherente en la materia, en la aspiración de hacer del principal instrumento de ejecución presupuestal, un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción

(...)Se encuentran los datos respecto de los mayores costos de transacción que para el Estado Colombiano representa la ocurrencia de fenómenos de corrupción, datos que señalan que en Colombia el valor promedio del soborno en un contrato público es del 19% del valor del mismo, de conformidad con una reciente encuesta realizada por el Banco Mundial (BM) (Banco Mundial (2002) “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una Estrategia Anticorrupción para Colombia). De ser ello así, los colombianos para el año 1999 habríamos pagado \$2.4 billones en corrupción, es decir, alrededor del 3% del PIB del mismo año, cifra cercana al volumen del déficit fiscal. Si a esto se suma que, según muestra una encuesta realizada por Confecámaras (Probidad) (Estudio Probidad II Informe Preliminar”. Confecámaras, Mayo 2002)en el primer trimestre del año 2002 el 70.3% de los empresarios encuestados tienen la percepción de que los niveles de corrupción se han incrementado a partir del año 2000 y el 41,60% afirma que en materia de corrupción administrativa se sabe con anterioridad con que modalidad y cuánto hay que pagar, tendremos que los sobre-costos en la contratación pública pueden ser aún mayores. (Probidad” de CONFECAMARAS encontró que el valor del soborno era del 16,3% del valor del contrato).

(...) La encuesta del BM muestra que en estas condiciones de contratación pueden gestarse procesos de “selección inversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios (75% de los empresarios encuestados se abstuvieron de licitar en contratos públicos), con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales.

(...)Todo lo anterior encuentra como conclusión lógica que la corrupción en nuestro medio en materia de contratación del Estado está generando altos sobre-costos que afectan la transparencia y credibilidad en los procesos, así como la eficiencia en el manejo del gasto público, comprometiendo de manera especial la

legitimidad del Estado, lo que conlleva a afirmar la necesidad de promover una serie de iniciativas que propendan por dotar de transparencia el desarrollo de los procesos contractuales. (Proyecto de Ley 19)

Desde la perspectiva de la Administración Pública, se tiene que el contrato no constituye en fin mismo, si no que ante todo se debe entender como un instrumento o uno de los mecanismos de que se vale la Administración para cumplir con los cometidos estatales. Es decir, que para realizar los fines del Estado se requieren bienes, servicios y obra que se obtienen mediante la contratación, por lo que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, expuso “el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución”.

Traduce lo dicho que siempre que se celebren contratos con el Estado debe buscarse el cumplimiento de los fines de este. Fines que normativamente se enuncian especialmente en el preámbulo y en artículo 2 de la Constitución Política y que de manera general se podrían integrar en la concepción, si se quiere clásica del servicio público, esto es que en esencia estén vinculados a la satisfacción de las necesidades colectivas y a la preeminencia del interés público (Dávila, 2016, p. 70,71).

En un análisis muy personal para el autor del presente trabajo de investigación, siendo correlativo con lo que la ley y la doctrina enseñan, de ninguna manera se puede concebir una Administración Pública, donde el objetivo perseguido con la contratación estatal como lo es: la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, el cumplimiento de los fines estatales y

la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, se encuentre alejada de la efectividad y la transparencia.

Visto el contrato, además de lo anterior, también se tuvo en consideración que el régimen de contratación pública vigente a la fecha, es decir la Ley 80 de 1993, generaba una dicotomía en la contratación, por cuanto era un régimen especial, con un sinnúmero de excepciones, lo que dificultaba la aplicación de dicha norma de forma objetiva. Fundamentalmente, y ante las reflexiones presentadas por los Congresistas ponentes del proyecto de Ley, se buscó que la modificación introducida acogiera o enfrentara los siguientes retos:

1. Procesos de selección de contratistas con objetividad y como el resultado de **a)** unos requisitos habilitantes del proponente y **b)** unos aspectos ponderables y/o de calificación de la propuesta.

La intención aquí generada, era tener una clara diferencia entre lo que representaba el proponente y otra su propuesta, es decir, sencillamente encontrar en el proponente unas condiciones mínimas que garantizaran la correcta ejecución del contrato; por el otro lado, encontrar en su propuesta, la verdadera razón de selección, para lo cual, se calificaba el ofrecimiento, con parámetros previamente establecidos.

2. Etapa de selección de los contratistas ceñida a unos procedimientos administrativos con arreglo a los principios que rigen la función administrativa.

Reajustar los procedimientos de selección, ampliando el número (pasamos de 2 a 4 procedimientos: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa), todo ello con fundamento en el objeto a contratar.

3. Economía, objetividad y celeridad en la información del proponente (aspectos técnicos, jurídicos y financieros), concentrados todos ellos en un único documento y manejado por una única entidad: RUP - Registro Único de Proponentes en cabeza de las Cámaras de Comercio del país.

Sin lugar a dudas, la posibilidad que a juicio de cada funcionario que adelantaba el proceso contractual, fuesen establecidos y verificados los requisitos habilitantes (jurídicos, técnicos, financieros y de experiencia), permitía la subjetivización del proceso. Es por esta razón que centralizar toda la información en un solo documento RUP, a través de un ente externo como lo era las Cámaras de Comercio y bajo parámetros pre-establecidos, fue un logro significativo en la lucha contra la corrupción.

No se puede desconocer la buena intención que desde la creación del Registro Único de Proponentes en la década de 1960 se tuvo, no obstante y desde el momento de su nacimiento, ha sido objeto de diferentes modificaciones legales y reglamentarias que han llevado a que citado instrumento de información no cumpla o por lo menos no supla de manera efectiva como herramienta en la actividad contractual y más por el contrario, se constituye en muchas oportunidades en un obstáculo común utilizado para enredar los tramites de la Administración.

El tratamiento que la Ley 1150 de 2007 le otorgó al Registro Único de Proponentes, se encuentra regulado desde el artículo 6 cuando frente a la perspectiva de la modificación introducida y a efectos del principio de transparencia, busco centralizar la información fundamental y básica del proponente del Estado (jurídica, financiera, capacidad técnica y organizacional y experiencia) interesado en participar en el proceso de selección, en un solo documento.

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 ha sido reglamentado en varias oportunidades, cambiando en cada caso el acento en algunos de los aspectos de la reforma, mediante los Decretos 4881 de 2008; 836, 2247,1520 de 2009 y 1464 de 2010. Debe así mismo mencionarse que, mediante el Decreto 19 de 2012 (conocido como “antitrámites”), se le hicieron algunos ajustes legales pero sin cambiar los propósitos de la Ley 1150 de 2007, lo que llevo a recoger la reglamentación respectiva en el Decreto Único Reglamentario 734 de 2012, recientemente reemplazado en su integridad por el Decreto 1510 de 2013. (Suarez, 2014, p.18). Resulta necesario adicionar a lo antes citado que en la actualidad el Decreto 1510 de 2013, se encuentra compilado y con derogatoria “tacita” por el Decreto 1082 de 2015, vigente a la fecha.

4. Mecanismos de análisis y manejo de los riesgos propios de los contratos: tipificación, distribución y asignación de riesgos; de otra parte ampliación de los mecanismos de cobertura de la garantía única que ampara el contrato.

Tal y como lo explica la doctrina, Escobar (1999) “el interés por el establecimiento de unas reglas claras en materia de distribución de riesgos contractuales, surgió en nuestro país

en la década de los sesenta, de la mano con la estructuración de la teoría de la equivalencia económica del contrato” (p. 93). Añadiríamos entonces, que en materia de análisis, tipificación y asignación de riesgos, Suarez (2014) fue precisamente el no haber ahondado en un esquema adecuado de distribución, lo que generó la necesidad de que el legislador del 2007 profundizase en la materia para incentivar una conducta diligente de las partes a propósito de efectuar esa distribución de lo previsible con la mayor diligencia posible (p. 15).

En el mismo sentido, menciona Pachón (2014) “la problemática, derivada de los riesgos en la contratación pública ha venido siendo estudiada con mayor atención en los últimos años y como resultado se ha promovido la cultura de riesgos aplicada a los procesos, desde la etapa de planeación en la elaboración de los estudios previos, seguida de un debate público en el que los interesados y la ciudadanía pueden participar. Los riesgos en cuanto a la posibilidad de ser identificados son previsibles e imprevisibles” (p. 36).

Como era usual, bajo el argumento de “hechos imprevisibles” se adelantaba por parte de algunas entidades públicas la adición del contrato en procura de “*restablecer el equilibrio económico del contrato*”. Bajo el esquema normativo a implementar en la Ley 1150 de 2007, se buscó que las entidades adelantaran un juicioso análisis de riesgos a la futura contratación, con el fin de identificar previamente esos posibles “riesgos”, de tal suerte que siendo previstos con la debida antelación, tuviesen el manejo previo y adecuado, disminuyendo la posibilidad de modificar el contrato posteriormente.

5. Aplicación de debida forma y por remisión expresa del principio de DEBIDO PROCESO en la actuación administrativa contractual. La aplicación del debido proceso, no resulta ser cosa distinta que la puesta en práctica de los postulados del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, en la medida en que el sistema sancionatorio en la actividad contractual, no estaba regulado y por tanto se prestaba para actuaciones subjetivas.

Principio de transparencia y actual régimen de contratación pública en Colombia

Una de las principales razones por las cuales se afecta de manera directa la eficiencia y la transparencia de la actividad contractual en nuestro país, encuentra su fuente en el arraigado afán que le acude a los gobernantes de turno para llevar a cabo reformas administrativas al marco legal y reglamentario de la actividad contractual.

Para la Asamblea Nacional Constituyente, según Gaceta No. 109 del 27 de junio de 1991 y Gaceta No. 114 del 30 de junio de 1991, así como la Gaceta No. 116 del 27 de julio de 1991, “la amplísima dispersión normativa sobre la cual se edifica la actividad contractual, ha permitido que Colombia no cuente con una verdadera codificación administrativa que le permita regular de forma más general y seria la contratación entre el Estado y los particulares. Sin embargo, el espíritu del constituyente de 1991 estaba dirigido a convertir la Ley de contratación de la Administración Pública en una verdadera Ley marco que consagrara de forma definitiva, o al menos por largo tiempo, una sistematización ordenada de reglas y principios básicos que guiaran la Administración y las personas que la representan, a realizar y ejecutar adecuadamente una relación contractual transparente y justa”.

Al contrario de lo pretendido por cada una de las comisiones legislativas que tuvieron a su cargo la proyección y sustento de la exposición de motivos para el trámite de la expedición de la Ley 80 de 1993, así como para la Ley 1150 de 2007, la realidad actual muestra una regulación normativa contractual (legal y reglamentaria), fraccionada, dispersa, ambigua, contradictoria e inestable, con lo que se genera gran posibilidad que los actos de corrupción y la inseguridad jurídica estén a merced de los funcionarios y particulares corruptos.

En este sentido, dentro de las recomendaciones establecidas por organismos extranjeros como el BID y el Banco Mundial, Mantilla y Terner (2009) “un régimen de contratación ágil, transparente y estable es una de las prioridades que el Estado debe implementar si quiere estimular adecuadamente el desarrollo del país y su deseada inversión extranjera” (p 734).

La Preocupación para que los procesos contractuales adelantados por las distintas entidades públicas sujetas al régimen de contratación estatal, se tornaran mucho más dinámicos y menos engorrosos, acompañados de una real eficiencia y transparencia, con requisitos sencillos pero objetivos, con acompañamiento del principio de publicidad, celeridad, economía, debido proceso, derecho de defensa y contradicción que sumados configuran el principio de transparencia, conllevaron a efectuar en el año 2007 una modificación al régimen de la contratación pública, fundamentalmente para que la selección del futuro contratista, estuviera ante todo precedida de este último principio –la transparencia, como aquel que transversalmente hace parte todo el actuar de la Administración.

Dentro de las principales modificaciones que se pueden destacar, en aras de obtener un objetivo primordial como lo era para ese momento el hecho que el principio de transparencia estuviese presente, encontramos:

Contratación más transparente y más eficiente

Como bandera de hondo significado, se buscó por parte de la norma que la actuación de la Administración Pública fuese realmente transparente, a través de mecanismos perfectamente reglados de principio a fin, con requisitos perentorios de publicidad, acompañados del principio de contradicción y ante todo con la implementación de una característica particular denominado por Suárez (2009) “como el factor PASA-NO PASA” (p. 77). Del contexto se extrae que con ello se hace referencia a una primera etapa de verificación de aspectos de habilitación del proponente para participar en el proceso, para luego pasar a una etapa subsiguiente de calificación o ponderación de la propuesta.

Concatenado con las características y el procedimiento antes señalado, se pretendió que el resultado de la actuación administrativa fuese realmente eficiente para los intereses de la entidad, la protección de los derechos de los proponentes y en particular la optimización del recurso público, lo que necesariamente beneficiaría el sistema, pues claramente ya se empezaba a observar la aplicación de principios que hacen parte de la transparencia en la actuación administrativa.

Contratación como un verdadero instrumento de desarrollo económico y social

La oportunidad para que los particulares puedan intervenir de manera directa en los proyectos de las Entidades Públicas en condición de contratistas permite un desarrollo para la empresa nacional o extranjera, teniendo como base al Estado Colombiano como un inmenso cliente para el objeto social que se desarrolle; de igual manera el desarrollo de la empresa, indiscutiblemente impacta sobre la fuente de trabajo y se empezó a observar un trato igual para los nacionales y extranjeros, así pues lo importante estaba en el cumplimiento de los objetivos trazados en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, cumpliendo claro está con todos los principios aplicables a la administración pública.

Desarrollar la contratación a través de la vía electrónica. (SECOP)

Con la modificación implementada se obliga a que todas las entidades tengan que efectuar publicación de sus actuaciones y de conformidad con la Ley, en una única plataforma virtual denominada SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA – SECOP; hoy en día la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente-, mediante circular externa 001 de 21 de junio de 2013 recordó a las entidades la obligación de publicar oportunamente su actividad en el SECOP cuando aquellas se den con cargo a recursos públicos.

En esta plataforma virtual, las entidades deben efectuar sus actuaciones, permitiendo que un tercero (Departamento Nacional de Planeación), de manera independiente mantenga el direccionamiento de esta herramienta. De allí que, la información se mantiene con registro

histórico y permitiendo excepcionalmente que se surtan cambios, pero sometido al respectivo registro y justificación. El SECOP ha permitido que la actuación de la Administración en gran medida, salvo las excepciones que consagra la misma ley, sea verdaderamente pública, objetiva y eficaz, en resumen a disposición de todos los administrados, es decir transparente.

Es necesario recordar que el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 (antes artículo 19 del Decreto 1510 de 2013) señala que los actos administrativos del proceso de contratación y los documentos del proceso que brindan información del mismo, por regla general, deben ser publicados en el SECOP, por lo que es necesario remitirnos al artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 en concordancia con los artículos 2.2.1.1.2.1.2. y 2.2.1.1.2.1.3. ibídem (antes artículos 20, 21 y 22 del Decreto 1510 de 2013), donde señala que los Documentos del proceso están compuestos por: “a) los estudios y documentos previos; b) el aviso de convocatoria; c) los pliego de condiciones o la invitación; d) las Adendas; e) la oferta; f) el informe de evaluación; g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la entidad estatal durante el proceso de contratación” definido este último como “el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías (...)”.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta por las entidades públicas que deben publicarse todos los actos que no sean objeto de reserva, en el sitio web de la entidad, obligación que surge a raíz de la expedición de la Ley 1712 de 2014, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional No. 103 del 20 de enero 2015 y corregida por el Decreto Nacional 1494 del 13 de julio 2015. Sin embargo, a la fecha se espera que el Ministerio de Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones expida la forma en que la misma información debe ser cargada al sistema.

Optimización de los recursos públicos

Esta premisa se fundamenta que la obligatoriedad que le acude a las Entidades para elaborar con la debida antelación y suficiente criterio y sustento los estudios previos; estos estudios que abarcan entre otros aspectos: factibilidad y prefactibilidad, viabilidad, estudio de costos y mercado, estudios técnicos, estudios de riesgos, análisis financieros y proyección de precios, obligan necesariamente que el servidor público de turno, de efectúe un verdadero análisis en procura de adquirir el mejor bien o servicio, al precio JUSTO, lo que significa que el precio va a estar previamente sustentado en razones objetivas y no en la mera liberalidad o arbitrio del funcionario público.

Afrontar la corrupción

Este objetivo se traduce en implementar desde la misma ley y su reglamentación, modalidades de selección con fundamento en el bien o servicio a adquirir; de otra parte, distinguir desde la misma ley los factores de selección y calificación de los proponentes, para de esta forma, arrebatarse la subjetividad que era bien conocida. No podemos desconocer que las herramientas y mecanismos propuestos, han resultado insuficientes, pues la actividad humana ha creado formas inimaginables de corrupción, razón por la cual veremos en capítulos posteriores que fue necesario la expedición de un estatuto anticorrupción que blindara a la contratación frente a intereses personales.

Con base en lo anterior, es necesario señalar que una de las principales formas de cumplir con el principio de la transparencia es eliminando todo lo que pueda evitar el cumplimiento de los principios generales de la contratación administrativa y en efecto luchar contra la corrupción es una de las principales herramientas.

Brindar mayor seguridad jurídica

El desarrollo de la Ley 1150 de 2007 a través de la multiplicidad de normas reglamentarias, conllevó que a lo largo de aproximadamente seis (6) años, se tuviese no menos de 120 normas vigentes, al igual que sumado a ello, la nulidad y pérdida de vigencia de algunas otras normas, por cuenta de los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado. Hacia el año 2011 mediante la expedición del Decreto Ley 4170 de 2011 se legalizó la conformación de la llamada Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, la cual, dentro de sus consideraciones presenta:

Que es una necesidad de país generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos, que permita que su quehacer institucional pueda ser medido, monitoreado y evaluado y genere mayor transparencia en las compras y la contratación pública.

Que conscientes de esa necesidad en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014, "Prosperidad para Todos", se reconoció la necesidad de tener una institucionalidad rectora en gestión contractual pública que promueva, articule, implemente, haga el seguimiento necesario a las políticas que orienten la actividad estatal, proporcione instrumentos gerenciales en dicha actividad y por esa vía

colabore activamente en la mitigación de riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos.

Que aun cuando existe la Comisión Intersectorial de Contratación Pública, creada por el Decreto 3620 de 2004, que tiene como objetivos: servir de escenario para la preparación y discusión de decretos reglamentarios a ser expedidos por el Presidente de la República con el propósito de asegurar la coherencia, la coordinación y la ejecución de las políticas en materia de contratación pública; orientar la gestión contractual de las entidades públicas hacia la reducción de los costos en su operación; fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública; formular parámetros para la adecuada gerencia contractual pública; fortalecer la planeación contractual de las entidades a partir de la evaluación y monitoreo de la gestión contractual por indicadores y definir parámetros de implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica, la misma carece de la estructura e institucionalidad y de las herramientas que le permitan suplir las necesidades ya advertidas.

Que por lo anterior, es necesario crear un organismo técnico especializado que se encargue de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública, preparar y suscribir los acuerdos marco de precios de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y articular los partícipes de los procesos de compras y contratación pública, con el fin de optimizar los recursos del Estado, hacer coherente la organización y funcionamiento de la Administración Pública para lograr mayor rentabilidad social en el uso de los recursos públicos”. (Subrayado es mío)

Vistos estos antecedentes, se denota la preocupación del Gobierno para que mediante la creación de un organismo técnico especializado se atendiera de primera mano principalmente tres (3) escenarios específicos: unificar las políticas en materia de contratación pública, fortalecer la

transparencia en la actividad contractual pública y minimizar los riesgos ocasionados por los focos de corrupción.

Efectivamente, como resultado de la acción por parte del poder ejecutivo, fue expedido en abril de 2012, el Decreto 734, el cual a su turno, fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 y este a su vez, por el Decreto 1082 de 2015, el cual presenta como única innovación, la compilación en un solo texto de la legislación reglamentaria dispersa. Valido resulta aclarar que la diferencia que presenta el Decreto 1082 de 2015 en relación con el Decreto 1510 de 2013 radica fundamentalmente en:

- a. El cambio numérico del Decreto: por su puesto, al ser expedido un nuevo decreto, aunque guarde la categoría de unificador, este debe asignársele un número propio que lo identifique.
- b. En cuanto a la estructura organizativa del articulado: se evidencia la numeración de sus artículos de forma y presentación tipo tesis (ejemplo: Artículo 1.1.2.3.2.4), lo que dificulta, su consulta y manejo por parte de los usuarios.

Modificación en las modalidades de selección, pasando de dos a cinco y con ciertas características muy bien definidas

Encontramos que en el régimen de contratación estatal se encuentran las siguientes modalidades de contratación: Licitación Pública, Selección Abreviada de menor cuantía, Concurso de Méritos, Contratación Directa y Mínima Cuantía. A continuación adjunto una tabla que contiene aspectos de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007:

Tabla 1. Modalidades de contratación (fuente del autor)

ASPECTOS	LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007
Modalidades de selección	Licitación pública Contratación directa	Licitación pública Selección abreviada Concurso de méritos Contratación directa Mínima Cuantía
Criterio que determina la modalidad	El presupuesto oficial asignado.	El objeto a contratar. BSCTUCU*
Factores de selección	Ponderable: el proponente y la propuesta	De acuerdo a la modalidad de selección
Subasta inversa	No existe	Criterio habilitantes (pasa /no pasa) PRECIO DETERMINANTE

*Bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

Las modalidades de selección precisamente deben determinar las razones previas que utilizará la entidad para contratar de una u otra manera, pues es allí donde el funcionario público tendrá que desplegar su conocimiento y desde el punto de vista, jurídico y financiero (cuando haya lugar), estructurará las razones para contratar utilizando alguna de las modalidades señaladas. En efecto, del objetivo y razonable ejercicio analítico desplegado por el funcionario público se debe producir los parámetros de calificación (de selección) que generará a la postre la oferta más favorable para la Entidad. El buen ejercicio ejecutado por la Administración para seleccionar sobre parámetros pre-establecidos dará como resultado la materialización del principio de transparencia, pues el simple hecho de estructurar bien un proceso estableciendo adecuadamente los fundamentos jurídicos de la modalidad de selección ya es muestra de un

proceso que cumple reglas objetivas y claras, alcanzando de esta manera los postulados de la sana administración, especialmente para el tema que nos ocupa, los postulados de que trata el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

La contratación pública electrónica. Artículo tercero (3°) Ley 1150 de 2007

Reiterando lo anteriormente expuesto, el SECOP permite la aplicación real del principio de publicidad de la actuación administrativa de la Entidad. Es a partir del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 (antes artículo 19 del Decreto 1510 de 2013), que se establece la obligatoriedad para la Administración de hacer públicos como mínimo una serie de documentos que guardan estrecha relación con el futuro contrato. Esto permite que el principio de contradicción esté íntimamente ligado y por supuesto, el principio de transparencia se encuentre presente en las actividades de la administración en todo lo referente a la etapa precontractual, contractual y postcontractual, pues todos los actos pueden ser atacados por los interesados que puedan resultar afectados con decisiones arbitrarias de la administración y, además, porque al aplicarse la Ley 527 de 1999, hay una equivalencia funcional de las actuaciones y las mismas pueden tener lugar a través de medios electrónicos, lo que se acompasa claramente con lo ordenado en la Ley 1712 y su Decreto Reglamentario, en lo referente a la publicidad de los actos.

Distribución de riesgos previsibles en los contratos estatales

Se señala en el régimen general de contratación que los riesgos deben estimarse, asignarse y tipificarse. La experiencia tradicional que enmarca la ejecución de los contratos, mostraba típicamente la posibilidad de un sólo tipo de riesgo: aquellos propios de la voluntad del

contratista: incumplimiento, calidad, estabilidad de la obra, entre otros, que de presentarse son amparados o cubiertos con los mecanismos propios de cobertura de riesgos que en su momento se constituía en la póliza de garantía única.

Los riesgos surtidos y que la norma contemplaba, eran eminentemente del resorte del contratista, luego entonces, si del caso en particular se desprendía una responsabilidad por causa del perjuicio causado, se procedía a hacer efectivo el mecanismo de cobertura que hubiese sido presentado a cargo del contratista.

Sin embargo, también era perfectamente posible que se presentase situaciones particulares y previsibles durante la ejecución del contrato, que sin provenir de la voluntad del contratista, ocasionaban un desequilibrio económico en el contrato y la respectiva reclamación, por ejemplo, alteraciones inesperadas en la tasa de cambio de la moneda en que fue pactado el contrato, modificaciones en el régimen tributario, cambios ostensibles en el valor de materias primas, entre otros. La manera de atender y sortear este tipo de situaciones que siendo previsibles no se contemplaba por parte de las Entidades, llevaba a que los ordenadores del gasto tuviesen que suscribir otrosíes modificatorios y adiciones al valor inicial pactado.

Quiso la Ley 1150 de 2007, obligar a las entidades en la estructuración y diseño de sus estudios previos, estimar, asignar y tipificar aquellos riesgos que pudiesen afectar el equilibrio económico del contrato, para que de esta forma, sean sopesados con la debida antelación y con cargo al presupuesto oficial, de tal suerte que en el eventual caso que la situación de riesgo se

materialice, la entidad y el contratista no se vean sorprendidos y en el peor de los casos, inmersos en procesos judiciales de reclamación.

De lo anterior se desprende que en materia de riesgos que pueden afectar el contrato, hoy en día se deben analizar desde dos (2) ópticas: (i) aquellos riesgos previsibles que de materializarse afectan el equilibrio económico del contrato, no nacen de la voluntad del contratista ni de la Entidad, son tipificados, cuantificados y asignados desde el estudio previo, se sopesan con el presupuesto oficial y tiene regulación específica al tenor del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007.

A su turno, riesgos previsibles que en el evento de materializarse son de la responsabilidad del contratista, se cubren con mecanismos de cobertura de riesgos como pólizas y otros mecanismos alternos que el Decreto tiene previstos y que se regulan según lo dispone el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007.

Infortunadamente, la inexistencia de reglamentación al contenido del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, la escasa divulgación al tema y la dificultad para analizar e interpretar un tema tan específico, genera confusiones para muchos funcionarios, lo que conlleva a mezclar el tema con los riesgos de que trata el artículo 7° ibídem e incluso en muchas ocasiones a no prever dichos riesgos, dejando latente la posibilidad que el equilibrio económico del contrato se vea afectado, sin mecanismo alguno que lo hubiese previsto.

Seguramente que si los estudios previos contemplasen una verdadera definición de riesgos previsibles, tal como lo ordena la norma, la posibilidad de suscripción de contratos

modificatorios y adiciones al valor, así como las reclamaciones por vía judicial, bajarían en un alto porcentaje.

Aunque el estudio aquí presentado, no busca adentrarnos en un tema tan específico como lo es el análisis y cobertura de riesgos previsibles, vale la pena precisar que el Departamento Nacional de Planeación, a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social en su documento CONPES 3714 del 01 de diciembre de 2011, el cual sirve como herramienta guía para orientar la fundamentación en el estudio previo del análisis de riesgos previsibles en la contratación, para lo cual de manera enunciativa señaló los siguientes eventos:

- a. Riesgos económicos.
- b. Riesgos sociales o políticos
- c. Riesgos operacionales.
- d. Riesgos financieros.
- e. Riesgos regulatorios.
- f. Riesgos de la naturaleza.
- g. Riesgos ambientales.
- h. Riesgos tecnológicos.

En igual sentido, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, a través de su link de enlace diseñó una serie de herramientas, a partir del anterior documento COMPES, mediante las cuales ofrece a sus usuarios lineamientos en materia de análisis e identificación de riesgos previsibles en la contratación pública. De este modo, mediante la Circular Externa 8 del 10 de diciembre de

2013, expide el “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” (M-ICR-01).

Así las cosas, mediante un ejercicio práctico se busca que las entidades dentro de sus estudios previos, establezcan una matriz de riesgos, identificándolos, cuantificándolos y asignándolos, de tal suerte que en el evento de materializarse el evento, se encuentre debidamente soportado hasta el límite donde el análisis lo previó y mitigando de esta manera la afectación del equilibrio económico del contrato, en cumplimiento de lo ordenado en el numeral 6° del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 (antes artículo 20 del Decreto 1510 de 2013). Es importante saber que Colombia Compra Eficiente, como ya fue mencionado, expidió el manual para la identificación y cobertura del riesgo en desarrollo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, donde a través de una matriz no sólo busca identificar los riesgos desde la etapa pre contractual hasta la postcontractual, sino que además cuantifica la probabilidad de su ocurrencia y define los responsables y tratamientos a seguir, entre otros aspectos que conllevan a una eficiente distribución, tipificación, estimación y valoración del riesgo, permitiendo adoptar solicitar garantías necesarias del contrato y, en consecuencia, previniendo los daños que puedan causarse a la entidad o a terceros (Colombia Compra Eficiente, 2014).

Reformulación del principio de selección objetiva

Para los promotores de la modificación surtida con la ley 1150 de 2007, el principio de selección objetiva fue traducido mediante el planteamiento de criterios razonables de calificación

aplicados a la oferta, mas no al proponente; así las cosas, hoy en día al proponente se verifica, a la oferta se califica.

El proponente es sujeto de verificación de unas condiciones financieras, jurídicas y técnicas mínimas que permiten establecer su potencial, su idoneidad para sortear el futuro contrato, dejando de esta manera que el verdadero factor de selección del futuro contratista, recaiga sobre quien después de haber demostrado su capacidad, ofrezca la mejor oferta, con base en aquellos aspectos que con la suficiente antelación, a través del respectivo pliego, la entidad haya determinado.

Es de esta manera que la selección objetiva, debe recaer sobre la mejor oferta, sin que el factor de selección del futuro contratista, recaiga sobre aspectos subjetivos o de interés particular o personal. En suma todo lo anterior es sinónimo de transparencia, pues eliminar cualquier aspecto subjetivo de la contratación es precisamente materializar el principio de transparencia.

Redefinición del criterio de oferta más favorable para cada modalidad de selección

Para ser más didáctico en el desarrollo, señalaré que con el régimen contractual público vigente la oferta más favorable para cada modalidad de contratación se puede resumir en el siguiente diagrama:

Figura 1. (Fuente del autor)



Muy a pesar que aparentemente la aplicación de los factores de escogencia del futuro contratista se encuentren enunciados en la Ley 1150 de 2007 y posteriormente reglamentados en cada una de las modalidades de selección que prevé el Decreto 1082 de 2015, debemos precisar que a lo largo de las distintas regulaciones que tuvo la Ley 1150 de 2007 (Decreto 066 de 2008, Decreto 2474 de 2008, Decreto 734 de 2012 y Decreto 1510 de 2013), este aspecto fue motivo de

diversos cuestionamientos e intervenciones del Consejo de Estado, como lo veremos más adelante.

El esquema nos enseña que para cada una de las modalidades de selección del futuro contratista, aplica unos parámetros pre-establecidos, a saber:

Para la modalidad de selección a través del procedimiento de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, los parámetros de calificación se deben ponderar en aspectos de carácter técnico y aspectos de orden económico.

En la modalidad de selección abreviada bajo el procedimiento de subasta inversa y en la modalidad de mínima cuantía, el factor único de escogencia se establece sobre el menor precio ofrecido por el proponente.

Finalmente, la escogencia del futuro contratista bajo la modalidad de concurso de méritos, el factor de escogencia se establece sobre aspectos netamente técnicos (*a. Experiencia del proponente y del equipo de trabajo y b. la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo*), sin que el precio resulte ser el referente que marque la diferencia entre las propuestas.

El valor agregado que encontramos en esta modificación, resulta ser la adopción de unos parámetros objetivos de escogencia del futuro contratista, previamente determinados por la norma y concordantes con la modalidad de selección; de allí que se elimine la posibilidad que la fórmula de escogencias del futuro contratista recaiga sobre aspectos subjetivos.

Elimina el cobro de los pliegos de condiciones. Parágrafo 2º, artículo 2, Ley 1150 de 2007

Evidenció el legislador que el cobro por los pliegos de condiciones, en realidad se traducían en el acto material de pagar por participar en un proceso, lo que definitivamente generaba por un lado la disminución en la concurrencia de proponentes al proceso y de otra, la subjetividad que se establecía para determinar el costo.

Bajo la óptica de la norma, el eliminar el costo de participar en el proceso, permite mayor concurrencia al proceso de interesados y por ende mayor pluralidad de oferentes, lo que se traduce en una competencia de mercado mucho más exigente y por esta vía, beneficios para la entidad, pues entre más concurrencia mayor eficiencia y entre más eficiencia mayor transparencia.

Eliminación de las certificaciones de Sistemas de Gestión de Calidad como objeto de calificación, o como requisito para participar en concursos abiertos. Parágrafo 2, numeral 4, artículo 5 Ley 1150 de 2007.

El requisito de exigir certificaciones de Sistema de Gestión de Calidad, venía siendo usado por las entidades como un distractor para el direccionamiento de los procesos, por cuanto se convertía en la llave que permitía el acceso a la participación en el proceso. Quiso el legislador en este campo, sustraer aspectos de tipo formal que limitaban la concurrencia a los procesos y la pluralidad de oferentes, para lo cual, hoy en día este aspecto no tiene relevancia.

Verificación documental de condiciones de los proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio (RUP).

El RUP ha sido de una trascendencia e importancia inusitada; el Gobierno para reglamentar el artículo sexto (6°) de la Ley 1150 de 2007 inicialmente expidió el Decreto 4881 de 2008, el cual, por diferentes vacíos, fue regulado por decretos adicionales que buscaron complementarlo. Finalmente y frente a tantos vacíos y dispersión de normas en un mismo tema, hoy en día se encuentra regulada la materia a través de los artículos 2.2.1.1.1.5.1 a 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 (antes capítulo V, artículos octavo (8) al catorce (14) del Decreto 1510 de 2013).

Hablando del tema propiamente dicho, debe mencionarse la importancia y trascendencia que hoy en día guardan las cámaras de comercio, como entidades certificadoras de la información que suministran los proponentes y que se refleja en el Registro Único de Proponentes.

De igual manera cobra importancia el hecho que hoy por hoy, la capacidad jurídica, financiera, técnica y de organización de los proponentes, se encuentra centralizada en una única entidad y reflejada en un único documento y la no actualización de RUP en efecto generará sanciones al proponente como por ejemplo la imposibilidad de participar en un proceso. De tal manera, la actualización del RUP se constituye en una garantía para la entidad y así mismo una carga para la entidad contratante quien debe cumplir con el principio de transparencia en la información que maneje en los procesos contractuales en que se requiera de dicho documento.

Adjudicación obligatoria en audiencia pública en los procesos. Artículo 9 Ley 1150 de 2007

Aun cuando la norma estableció este requisito tan sólo para el caso de la licitación pública, no es menos cierto que en otros casos, el procedimiento previsto obliga que la actuación sustancial y de fondo que prácticamente determina la elección del contratista, también se surta en audiencia pública, tal es el caso del procedimiento de subasta inversa presencial y el procedimiento para la modalidad de concurso de méritos. La audiencia pública como la máxima manifestación del principio de transparencia, es en este caso, concebida como requisito inalterable.

Liquidación de los contratos. Artículo 11 Ley 1150 de 2007

En el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 se establece la liquidación de los contratos y en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 se desarrolla la aplicación de los tiempos para liquidar el contrato, que por regla general será así: cuatro (4) meses Bilateral, dos (2) meses unilateral y dos (2) años después de los meses anteriores se dará la caducidad de la acción contractual.

La norma aquí citada vino a regular un aspecto que es supremamente trascendental en la ejecución del contrato, y es precisamente la liquidación del mismo, mecanismo este que permite a las partes ponerse de acuerdo frente a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones recíprocamente contraídas, o bien, dejando salvedades que muy seguramente serán sometidas a controversia. Así las cosas, quiso el legislador minimizar el factor de controversia que pudiese nacer ya en la finalización del contrato, lo que en sana lógica, permite muy seguramente

disminuir la posibilidad de detrimentos patrimoniales. Se constituye así pues la liquidación como el momento en el cual se hace un balance financiero, técnico y jurídico del contrato y el acta de liquidación bilateral tendrá efectos de transacción. De tal manera, encontramos que nada más transparente que efectuar un balance íntegro de la ejecución del contrato, donde finalmente se va a señalar si hay obligaciones pendientes o no por alguna de las partes.

Importante resulta señalar que en reciente sentencia el Magistrado Jaime Orlando Santofimio (2015), señaló que los contratos y convenios interadministrativos podían ser liquidados de manera unilateral; consideramos correcta dicha posición, teniendo en cuenta que la Ley no distinguía la aplicación de la liquidación unilateral para aquellos negocios jurídicos. Téngase en cuenta que previo a ello se tenía la posición jurídica que los efectos de la liquidación unilateral de contratos o convenios interadministrativos eran similares a las cláusulas exorbitantes y que por ello le estaba vedado a las entidades liquidar esta clase de contratos, puesto que se trataba de una relación horizontal.

Búsqueda de verdaderos instrumentos jurídicos para el apoyo a las MIPYMES

El tema para el desarrollo y protección a la industria nacional, fue en principio ordenado mediante el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 y hoy en día reglamentado por los artículos 2.2.1.2.4.2.1. a 2.2.1.2.4.2.5. del Decreto 1082 de 2015 (antes artículos 151 a 155 del Decreto 1510 de 2013). Ya la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) en su artículo 32 había ordenado al Gobierno la definición de reglas que permitiesen beneficios para el sector de MIPYMES.

El valor agregado que aporta al principio de transparencia esta nueva regulación, resulta ser el permitir la participación de la mediana y pequeña empresa en la actividad contractual, sobre reglas claras pre-establecidas y con parámetros de evaluación legalmente regulados. La dinámica de la contratación conllevó a la participación activa de la mediana y pequeña empresa al sector público, con garantías al momento de concursar en el proceso.

Aplicación de los principios de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación

No obstante la Ley 1150 de 2007, trajo una gama de excepciones al marco general de la contratación pública, excluyendo de tal a algunas entidades del sector estatal, quiso asegurarse del trámite y procedimiento que las misma deberían seguir en su actuación, motivo por el cual, a pesar de otorgarles la posibilidad de adelantar la gestión regida por el régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, les obligó a seguir y aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, e indicando de igual manera que estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Reconocer derechos de contratistas

En este aspecto, podemos resaltar algo muy importante como lo fue el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma mediante la cual se obliga a las entidades públicas a someter su

potestad sancionatoria a un principio rector conocido como el debido proceso. De igual manera, a preservar el derecho de contradicción, derecho de defensa y audiencias públicas. Los anteriores postulados fueron a su turno reglamentados a través del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de tal manera estas actuaciones administrativas se harán con sujeción a reglas pre-existentes y cumpliendo con el principio rector y transversal a todas las actuaciones, la transparencia.

Adiciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades

En buena hora, el legislador integró una causal de inhabilidad para contratar, en el evento de delitos contra la Administración Pública, estableciendo que:

Artículo 18. De las inhabilidades para contratar. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al párrafo 1º, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así:

"Artículo 8º.

(...) j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas". (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-.353/2009).

Parágrafo 1º.

(...) En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Derecho de turno (artículo 4 Ley 80 de 1993 artículo 19 Ley 1150 de 2007)

Como mecanismo de prevención en la lucha contra la corrupción, la norma establece un procedimiento para que el reconocimiento y pago a los contratista, se encuentre sujeto a un estricto orden cronológico de prestación del servicio o entrega de bienes y correlativamente a la presentación de los documentos que soporte el respectivo trámite para pago. De esta forma se quiso eliminar la manipulación de reconocimiento del pago al contratista, recibiendo en contraprestación a favor del servidor público de turno, dadas.

Verificación del pago de aportes parafiscales y a la Seguridad Social

El artículo 23 de la ley 1150 de 2007, vino a complementar lo que ya la Ley 80 a través de su artículo 41 había previsto como requisito de exigencia a los proponentes y contratistas. Esta norma a su vez tiene su desarrollo a través de la Ley 789 de 2002.

En resumen y con las normas antes citadas, hoy en día la verificación del pago de aportes parafiscales y a la seguridad social, se debe efectuar en los siguientes momentos:

- Con la presentación de la propuesta.
- Previo a la suscripción del contrato
- Previo el desembolso de cualquier pago que se efectúe al contratista, y
- Para la suscripción del acta de liquidación del contrato.

Téngase en cuenta que la verificación no sólo debe ser de la afiliación sino que el contratista se encuentre al día. Comúnmente, se solía pensar que el contratista para la suscripción,

por ejemplo, de los contratos de prestación de servicio, debía estar afiliado como cotizante independiente, sin embargo en reciente concepto del Ministerio de Salud, de fecha cinco (5) de febrero de 2015, con número 201511200163751, señaló que la ley no distinguía si la persona para suscribir un contrato con la administración debía ser cotizante independiente, beneficiario o estar en régimen subsidiado, situación que claramente favorece y aplica la equidad en materia de contratación estatal.

Vigencia de la Ley 1150 de 2007 (art. 31)

Como situación muy casual, estableció el artículo 31 de la ley 1150 de 2007, diferentes periodos de vigencia, así:

- a.** Los artículos 9 y 17 tienen una vigencia inmediata concordante con la promulgación de la ley, es decir a partir del 16 de julio de 2007.
- b.** El artículo 6, ordenó la Ley que empezaría a regir 18 meses después de su promulgación.
- c.** Para el resto del articulado, su vigencia empezaría 6 meses después de su promulgación, es decir a partir del 16 de enero de 2008.

El término de vigencia de la norma, tuvo sus efectos, por cierto muy criticados, puesto que aparentemente sólo por cumplir con los plazos fueron expedidos una serie de Decretos reglamentarios, que posteriormente fueron derogados o suspendidos por el Consejo de Estado.

Evidentemente, todos y cada uno de los puntos anteriormente citados y extraídos de la Ley 1150 de 2007, en su momento fueron motivo de regulación o modificación por parte del legislador, en procura de cumplir los objetivos propuestos con la reforma, fundamentalmente hacer de la contratación pública una actividad más eficiente y transparente.

Finalmente y ligado al principio de transparencia, no podemos desconocer, como ya fue mencionado, que uno de los objetivos propuestos resultó ser la lucha férrea contra el flagelo de la corrupción; de este modo y consecuente con la importancia que reviste el tema, distintas normas se han dirigido para atacar este fenómeno:

A través de la Ley 1474 de 2011, fue expedida la Legislación por medio de 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.*”, siendo este hoy en día el principal instrumento en la lucha contra la corrupción en materia de contratación pública.

Visto lo anterior, queda plenamente demostrado que efectivamente se tuvo en la transparencia el principal principio que fundamentó la reforma a la Contratación Pública; de igual manera, se observa como los vacíos existentes en la Ley 80 de 1993 eran aprovechados para que la corrupción se apoderara en gran medida de los recursos públicos.

Para reafirmar el postulado expuesto al inicio del presente trabajo, el principio de transparencia resulta ser el más importante y por tanto transversal a todos los demás principios señalados por nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual debemos considerar una política de

Gobierno que busca su plena aplicación que se denomina “*Programa Presidencial de Modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción*”.

No obstante lo anterior y haber demostrado avances significativos en la evolución normativa tendiente a presentar una contratación pública transparente, eficiente y libre de corrupción, nos queda por resolver, qué tan oportunos, efectivos y reales han sido todas las medidas adoptadas.

Capítulo III

Consideraciones a la reforma aplicada en la contratación pública desde la óptica del principio de transparencia.

Visto en el capítulo anterior el resultado que se obtuvo mediante la expedición de la Ley 1150 de 2007 en lo que respecta a modificaciones sustanciales al marco del Estatuto General de la Contratación Pública en Colombia, Ley 80 de 1993, lo cual sin lugar a dudas resultó ser un avance significativo en la materialización del principio de transparencia y por ende en la lucha contra la corrupción, no deja de ser cierto que la reglamentación a citada norma modificatoria a través de los distintos decretos expedidos: 066 de 2008, 2474 de 2008, 734 de 2012, 1510 de 2013 y 1082 de 2015, entre otros, generó una amplísima dispersión normativa, adicional a las continuas intervenciones sufridas a las normas reglamentarias originadas por los fallos del Consejo de Estado en la materia (suspensión y/o nulidad de diferentes artículos).

Por lo anterior, mediante expedición de normas de rango superior (leyes) y equivalentes (decretos), tuvo el Legislativo la necesidad de suplir los vacíos que la reglamentación hasta ese momento (2011) evidenciaba.

La idea del presente capítulo es observar lo referente a algunos cambios en la legislación y reglamentación de la contratación colombiana que, además de la Ley 1150 de 2007, ayudaron a fortalecer el principio de transparencia, para lo cual abordaremos directamente las Leyes 1450 de

2011, 1474 de 2011 y los Decretos 019 de 2012 y 1082 de 2015 (este último recientemente expedido por el Gobierno Nacional con la finalidad de “compilar” reglamentaciones del Sector Administrativo de Planeación Nacional, derogando el anterior Decreto 1510 de 2013).

Es importante aclarar que en la actualidad se está debatiendo la aprobación del nuevo plan nacional de Desarrollo.

Ley 1450 de 2011: por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014

De esta norma resulta importante resaltar que dos (2) de sus artículos indudablemente generan gran impacto sobre la temática de la contratación del Estado: a) promoción y protección a las Mypes y Mypimes, y b) regulación de la mínima cuantía como modalidad de contratación pública.

El desarrollo y promoción a la micro, pequeña y mediana empresa, resulta ser un tema de especial atención para el Ejecutivo, en la medida en que uno de los objetivos que busca la contratación pública es ser un mecanismo de desarrollo social empresarial; en tal virtud y con el ánimo de incentivar el sector empresarial, se hace necesario regular desde la óptica de la contratación estatal, articulado con la legislación social y comercial los aspectos atinentes a la participación de las referidas empresas en las distintas convocatorias que se lleva a cabo por parte de las entidades públicas; tal regulación busca que las condiciones de conformación de las empresas, su ubicación geográfica y su término de constitución brinden una adecuada participación, dando alcance al principio de transparencia en el proceso. El tratamiento a las

Mipymes en la contratación estatal se encuentra reglamentado en el Decreto 1082 de 2015 en la Subsección 2 “Incentivos en la Contratación Pública”, artículos 2.2.1.2.4.2.1. a 2.2.1.2.4.2.5. (Correspondía anteriormente a los artículos 33 numeral 2 y 3, 152, 153 y 154 del Decreto 1510 de 2013). El tópico sobre el cual recae el principio de transparencia en esta norma resulta ser la estipulación de normas de carácter sustantivo que promovieron por la protección de este sector empresarial (micro, pequeña y mediana), a la par definir reglas claras y objetivas para su participación en los distintos procesos contractuales adelantados por las entidades del sector público.

De igual manera, encontramos la creación legal de la modalidad de contratación de mínima cuantía, aplicable a aquellas contrataciones sin importar el objeto que no superen el 10% de la menor cuantía de la entidad, modalidad para la cual se dedicó todo un capítulo en el anterior Decreto 1510 de 2013 y que correspondía a los artículos 84 a 87; hoy en día, con la expedición del Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015, esta modalidad se encuentra reglamentada en la Subsección 5 artículos 2.2.1.2.1.5.1 a 2.2.1.2.1.5.4. lo que incluye las compras por mínima cuantía en las llamadas “Grandes Superficies”.

Ley 1474 de 2011: “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”

Como una apuesta para contrarrestar el flagelo de la corrupción que azota nuestro país y que es de público conocimiento, el Legislativo implementó una serie de mecanismos que ante

todo previenen, investigan y sancionan los actos que transgreden el principio de la transparencia y que en últimas son los actos viciados de corrupción administrativa, en búsqueda, claro está, de la efectividad del control de la gestión pública materializando así el cumplimiento efectivo de los principios de la función pública en aras de crear una conciencia colectiva alrededor de la transparencia.

Encontramos pues, que esta Ley estableció que una persona incurso en cualquiera de las causales de inhabilidad que consagra la Constitución o la Ley, significa un ataque directo al principio de transparencia, conducta en la cual también incurrirá quien lo permita o lo oculte – Artículo 1º-. Así mismo, se previno que mediante el uso de la contratación pública, se pagaran *“favores recibidos en las campañas políticas”*, lo que en efecto materializa el principio de transparencia –Artículo 2º-. De igual manera se busca prevenir en la norma que un ex funcionario se aprovechara de los contactos en la entidad donde laboró estableciendo unas limitaciones en la contratación –artículo 3-. En el mismo sentido, con el fin de prevenir actos de corrupción y que atentan contra la transparencia, se estableció una inhabilidad para que quienes al nivel de la respectiva entidad tengan cierto grado decisivo, manejo y control, en aras de que puedan aprovechar tal situación en beneficio propio, estableciendo una serie de limitantes mediante la figura de la inhabilidad para contratar, en procura de aislar de la gestión administrativa o relación con la misma a aquellas personas –artículo 4º-.

Indudablemente, estas nuevas causales, que se suman a las ya consagradas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, ofrecen una herramienta útil para la buena y transparente gestión del recurso público, toda vez que se busca desligar el aprovechamiento cercano que se tenga, bien

por el cargo ocupado, bien por las funciones cumplidas o bien por el conocimiento del tema en particular, a efectos que tales situaciones no generen una indebida utilización o aprovechamiento del ex funcionario en menoscabo de los intereses de la entidad respectiva. De igual manera, previendo un potencial riesgo que se genera a partir de la actividad política, especialmente en época pre electoral y pos electoral, se produce una inhabilidad para prevenir ciertos intereses que puedan ser creados con ocasión del apoyo a las campañas políticas. De otra parte, se inhabilita a los ex servidores públicos para que por vía del conocimiento que se pudiera llegar a obtener de información inherente al cargo que se estaba ocupando, se preste servicios que de una u otra manera pueda permear la Administración.

Sumado a lo anterior, estableció una prohibición a la contratación como interventores, durante la ejecución y hasta la liquidación de contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos, al cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas –artículo 5º-. Por su parte, en el artículo 82, se amplía al campo fiscal y disciplinario la responsabilidad para los consultores y asesores, situación que la Ley 80 de 1993 no tenía prevista; de igual manera, se estableció para el interventor un tratamiento especial. Por su parte en el artículo 83, el legislador quiso darle un tratamiento individual a la interventoría y en tal sentido, fue separada de la consultoría y asesoría, en el entendido que resulta ser un acompañamiento y vigilancia para otro contrato. Especial cuidado se tuvo de particularizar la responsabilidad del interventor, en el ámbito disciplinario, haciendo extensivo su ámbito incluso hasta causal de inhabilidad por actos particulares y concretos

relacionados con corrupción. En igual sentido, se amplió el panorama que la Ley 80 mantenía, pues a la luz del artículo 32, la interventoría sólo era obligatoria en los contratos resultado de la licitación pública; hoy en día con la reforma, indistinto de la modalidad y debidamente sustentado, el contrato puede tener interventoría.

En el artículo 85, se permitió la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría por encima del 50% de su valor inicial, siempre y cuando el objeto de vigilancia continúe vigente. Téngase en cuenta que en el párrafo del artículo 40, de la Ley 80 de 1993, se ordena: *“los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”*; también se observa que se amplía el amparo de riesgo de la estabilidad de la obra, concordante con el contrato principal, en el entendido que el interventor tiene mucha participación en la calidad de la obra construida o desarrollada.

De otra parte, en cuanto al procedimiento para la imposición de multas, conforme el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, había sido puesto a disposición de las entidades públicas, sujeto a lo que contemplase el manual interno de cada entidad. Resultaba probable que el procedimiento en muchas oportunidades fuese arbitrario y contrario a los postulados del debido proceso. Para evitar esto, se reguló el procedimiento, en el entendido que resulta claro tanto para la entidad como para el contratista implicado –artículo 86-. En el artículo 87, se reguló el procedimiento para la maduración de proyectos, lo cual resulta ser nada más el plasmar unas obligaciones que desde siempre han existido. La Ley 80 de 1993, a través de sus modificaciones y reglamentaciones, ha ordenado la estructuración de estudios previos, incluyendo en estos todos

aquellos aspectos que incidan directamente sobre la ejecución del futuro contrato. En el artículo 88, la Ley incorporó en su redacción los factores, criterios y condiciones para la calificación de las propuestas. En este sentido y con rango de ley, se incorpora estos factores ponderables que se evidencian en el numeral 2º del artículo 5º de la ley 1150 de 2007 y en artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015 (*anteriormente correspondía al artículo 26 del Decreto 1510 de 2013*).

Por su parte en el artículo 89, refiriéndose a las adendas estableció la prohibición para la expedición de las mismas tres (3) días antes de la presentación de las ofertas, para el caso de la licitación pública, situación que claramente se encuentra reglamentada en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 (*anteriormente correspondía al artículo 25 del Decreto 1510 de 2013*). Definitivamente esto es un gran aporte al principio de transparencia, pues podía existir la posibilidad que cualquier entidad pública el último día y última hora para el cierre publicase adendas que por extrañas razones, muy contadas personas conocían. En otros casos, hipotéticamente se podría dar el caso de servidores públicos que en horarios extra laborales, (de noche o en la madrugada), publicaban adendas, con el correspondiente conocimiento también de contadas personas que casualmente también se enteraban de las mismas. Precisamente, lo que buscó el legislador fue hacer eficiente el principio de planeación y transparencia, por cuanto obliga a las entidades públicas a efectuar mejores análisis y estudios previos, teniendo conocimiento pleno que la posibilidad de modificaciones a través de adendas, se encuentra mucho más restringido.

Aunado a lo anterior, lo contenido en el artículo 90, es un gran aporte para las entidades estatales y los proponentes pues los contratistas sancionados reiterativamente (multas y

declaratoria de incumplimientos), no tenían ninguna limitante para seguir postulándose a diferentes procesos y continuar siendo objeto de sanciones, pasando por encima de los intereses generales y afectando seriamente el erario. Así mismo encontramos que el artículo 91, busca una garantía de manejo a los recursos públicos entregados al contratista en calidad de anticipo mediante la figura de la fiducia.

Decreto 019 de 2012: “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”

Este Decreto resulta ser de gran importancia, pues dentro de las consideraciones del legislador, se encuentra la de instituciones y actuaciones transparentes en las entidades estatales así como fortalecimiento de dicho principio, en aras de racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios.

De tal manera encontramos que el artículo 3° señaló que la actuación administrativa debía cumplirse con transparencia en aras de proteger el interés general, lo que significa un actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. Nótese que el género es la transparencia y a lo largo del trabajo vemos que sus especies son todos y cada uno de los principios del derecho administrativo y ahora encontramos unos nuevos relativos a los valores que deben iluminar la actuación de la administración.

Pues bien, en materia contractual, esta norma regula en su artículo 217 lo concerniente a la liquidación de contratos y señala además que la misma debe darse dentro de un término razonable y objetivamente sustentado, presencia indiscutible del principio de transparencia, pero también señala que en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no sería necesaria la liquidación, situación que además contribuiría al principio de eficiencia en la actuación administrativa. Seguidamente el artículo 218, ordenó la publicación en el SECOP como medio de publicación único para todas las entidades públicas, jugando un papel importante en materia de la publicidad de las actuaciones administrativas, requisito indispensable –salvo reserva legal- para la materialización del principio de la transparencia.

Por otra parte, el artículo 219, tratándose del concurso de méritos, señaló que aquel quedó sometido a una etapa adicional, la cual consiste en realizar una audiencia pública para la conformación de lista limitada de oferentes. El resultado de la decisión adoptada en cuanto a los seleccionados para conformar la lista, deberá ser soportada sobre acto administrativo motivado, la cual, se entiende notificada en estrados y dentro de la misma audiencia. Analizada la reforma, en realidad tiene un sentido y objetividad, cual es hacer más transparente el proceso de conformación de la lista de oferentes.

De igual manera, en tratándose de la modalidad de licitación pública, señala el artículo 220, la concurrencia tanto para la audiencia de aclaración de pliegos, como para la audiencia de tipificación, estimación y distribución de riesgos, su realización en audiencia pública, ello en aplicación del principio de transparencia, publicidad y economía.

El tema concerniente a la regulación del registro único de proponentes RUP –artículo 221-, infortunadamente ha sido uno de los más modificados en materia de contratación pública, por cuanto tiene a su haber un largo y enredado tratamiento, a saber: Regulado en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, hoy en día derogado; Reglamentado por los decretos 856 de 1994, 92 de 1998, 393 de 2002 (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7) todos ellos hoy en día derogados; Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 hoy en día derogado; Regulado en el artículo 11 del Decreto 066 de 2008, hoy en día derogado; Regulado en el artículo 11 del decreto 2474 de 2008, declarado NULO por el Consejo de Estado mediante sentencia de abril 14 de 2010, rad. 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B; Reglamentado por el decreto 4881 de 2008, decreto 836 de 2009, 1520 de 2009, 2247 de 2009, 3083 de 2009. Todos ellos hoy en día derogados; Reglamentado por el Decreto 1464 de 2010. hoy en día derogado; Regulado por el artículo 221 del Decreto 019 de 2012, vigente a la fecha; Reglamentado por el Decreto 734 de 2012, hoy en día derogado, a lo cual se sumo el Decreto 1510 de 2013 el cual hasta el pasado 25 de mayo de 2015 estuvo vigente, puesto que en la actualidad la materia se encuentra regulada por el Decreto 1082 de 2015 (vigente a partir del 26 de mayo de 2015) en su *Parte 2 Reglamentaciones, Título 1 Contratación Estatal, Capítulo 1 Sistema de Compras y Contratación Pública, Sección 1 Conceptos Básicos para el Sistema de Compras y Contratación Pública, Subsección 5 Registro Único de Proponentes (RUP), artículos 2.2.1.1.1.5.1 a 2.2.1.1.1.5.7.*

En su momento y como consecuencia de cada una de las modificaciones que secuencialmente se iban generando, resulta previsible la inseguridad jurídica generada, lo que

potencialmente permite interpretaciones erróneas y por supuesto, todo ello afecta en mayor o menor medida el principio de transparencia, al no tener una norma clara y precisa a aplicar.

Con la modificación realizada en el Decreto 019 de 2012, principalmente se quiso establecer lo siguiente:

- a.** En la norma anterior se hablaba de calificación y clasificación; con la norma actual, se determina como concepto la inscripción.
- b.** No se habla de contratos que “no superan el 10% de la menor cuantía de la entidad”, sino que se hace alusión a contratos de mínima cuantía.
- c.** El término para presentar recurso de reposición para impugnar la inscripción en el registro único de proponentes, disminuyó de 30 días a 10 días hábiles siguientes, contados a partir de la publicación que efectúa la cámara de comercio. Por ende la firmeza también toma ejecutoria a partir de este último término.
- d.** El término otorgado a las cámaras de comercio para efectuar el trámite de adopción y decisión contra la impugnación de la inscripción del proponente en el RUP en desarrollo de un proceso contractual, disminuyó de 30 a 20 días.
- e.** *El concepto de capacidad residual solamente será aplicable para los contratos de obra.*
Aunque el Departamento Nacional de Planeación expidió un comunicado de prensa para aclarar el tema, la consideración aquí es que la norma de manera expresa de ninguna manera hizo alusión a otros contratos diferentes a los de obra pública. Por lo anterior, en

estricto sentido la crítica apunta a una posibilidad que se presenta para que las entidades públicas en sus procesos contractuales efectúen una interpretación de la norma, tal como lo considera el Departamento Nacional de Planeación.

- f. Se elimina la posibilidad de que las entidades públicas verifiquen de manera directa requisitos habilitantes en el caso en que se hayan utilizado sistemas de precalificación

De igual manera, en el artículo 222, se eliminó la regulación del sistema SICE, por cuanto se había convertido en un requisito impuesto para acceder a los procesos de contratación, sin que ello aportara valor alguno al proceso o a las condiciones del oferente. En el mismo sentido, el artículo 223 eliminó la publicación en el Diario Único de Contratación Pública, salvaguardando el principio de publicidad mediante el uso efectivo de la plataforma del SECOP. En tal virtud, se considera que la norma busca alinear los procedimientos con los postulados del ejecutivo en cuanto a la política de gobierno en línea. La publicación de los actos expedidos por la Administración, a efectos sean conocidos por la ciudadanía en general, no es otra cosa que uno de los objetivos que busca el ejecutivo para dar aplicación al principio de transparencia. En la misma línea y en aras de complementar las directrices de la política para el Gobierno en Línea, las publicaciones en diario de amplia circulación que daban aviso sobre la apertura de licitaciones públicas quedó eliminada mediante el artículo 224. Para esta divulgación según la norma actual, se debe hacer uso de las plataformas web de la entidad y del SECOP. Esta situación reitera el objetivo de dar aplicación a los principios de transparencia y publicidad en la gestión administrativa.

Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”

Como preámbulo al análisis que efectuaremos a esta norma en el presente trabajo, debemos dejar claro desde ya que el Decreto 1082 de 2015, en sus “*considerandos*”, así como en su *Libro 3 Disposiciones Finales, Parte I Derogatoria y Vigencia, artículo 3.1.1*, efectuó una “*derogatoria integral*” al Decreto 1510 de 2013; no obstante debemos considerar que por tratarse de la denominada “*compilación normativa*” en palabras del mismo Decreto, se evidencia que en cuanto al marco legal y estructura regulatoria que presentaba el anterior Decreto 1510 de 2013, se mantiene la idéntica regulación, salvo por los dos siguientes cambios:

- a. El número de la norma: anteriormente identificado como Decreto 1510 de 2013, hoy en día el Decreto 1082 de 2015.
- b. En cuanto a su estructura alfanumérica, se volvió a retomar la numeración “*tipo tesis*”, que había sido utilizada en el año 2012 por el entonces Decreto 734.

En este último aspecto, resulta necesario dejar expresa claridad que el Decreto 1510 de 2013 (el cual había derogado expresamente el Decreto 734 de 2012), presentaba un contenido sistemático y secuencial en cuanto a conceptos y procedimientos en materia de contratación; de igual manera fue el primer Decreto con técnica legislativa y con un articulado mucho más fácil de digerir, es decir, contaba con un lenguaje preciso y claro.

En palabras del Doctor Iván Gómez Lee (2016), citada su reciente obra El derecho de la contratación pública en Colombia, se menciona:

“Ahora los operadores jurídicos de la contratación tenemos nuevos retos: seguir aplicando el contenido material del Decreto 1510 de 2013, en el Decreto Reglamentario 1082 del 26 de mayo de 2015, con una numeración complicada. A pesar de las críticas a la forma de numeración del Decreto 734 de 2012 y no obstante que hubo alivio cuando se derogó esta norma, con su metodología de difícil manejo, se hace caso omiso a las críticas formuladas a esa práctica tan inconveniente, y se repite.

.....

El decreto reglamentario mas reciente reproduce el 1510 de 2013, que había simplificado notablemente la complejidad del anterior, el Decreto 734 de 2012. Esta reglamentación había sido objeto de fuertes críticas por vulnerar la seguridad, las buenas prácticas jurídicas y la propia Carta. Desde la primera edición de esta serie de libros señalamos los inconvenientes y vacíos de tantas reformas en esta materia. (GOMEZ. 2016. P 1)

Sin desconocer el objetivo “*compilatorio*” del Decreto 1082 de 2015, resulta confuso para el operador de la norma y mucho más para los mismos proponentes y actores directos e indirectos de la actividad contractual (órganos de control, oficinas de control interno, veedurías, entre otros), el manejo e identificación del articulado a través del sistema “*tipo tesis*”, tal como lo presenta la actual norma.

En término general y visto desde un punto de vista académico, se tiene que la proliferación normativa en aras de suplir los vacíos que las normas van dejando y atender situaciones adversas que afectan la correcta administración de los recursos, no es la solución. Esta afirmación coincide con lo expuesto por el profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza (2016), quien en su texto “*Régimen jurídico de la contratación estatal*”, expone:

“Sin duda una de las críticas más acentuadas que se hace a la nueva ley, es la necesidad de la excesiva reglamentación que se requiere para su implementación y desarrollo, no solo en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino por disposición expresa de varias normas de la ley que reclaman desarrollos normativos. Esta situación ha engendrado la producción de múltiples decretos, algunos con vigencias reducidas, que ha propiciado desconcierto e inseguridad dados los continuos cambios. Baste recordar que una vez se expidió la ley, el primer reglamento estuvo contenido en el Decreto 66 de 2008 (enero 16), que rigió por solo seis meses ya que fue sustituido tempranamente y cuando aún se estaba acabando de leer sus disposiciones por el Decreto 2474 de 2008 (julio 7). El Decreto 734 de 2012 (abril 13), que derogó al anterior, parecía más una tesis de grado que un cuerpo normativo por la distribución que hacía de sus normas, el cual a su vez fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 (julio 17) que era el reglamento vigente en momentos en que se preparaba este libro. Sin embargo, cuando estaba listo, fue sustituido por el Decreto 1082 de 2015, que corresponde a uno de los decretos en los cuales se integraron varios según las materias correspondientes. Esta nueva normativa que nada indica que se mantendrá por mucho tiempo, pues ya se escucha vientos de cambio, incorporó el referido Decreto 1510 solo que utilizó la aberrante como absurda enumeración que entre nosotros instauró el nefasto Decreto 734 de 2012” (Dávila, 2016, p.20,21)

Ahora bien, entrando en materia, debemos resaltar que la parte motiva del anterior Decreto 1510 de 2013, había hecho referencia a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, entidad creada por el Decreto 4170 de 2011, precisamente ser aquella el ente rector de la contratación pública que asegura para que el sistema de compras y contratación de las entidades públicas obtengan óptimos resultados a través de un proceso transparente, en aras de la aplicación de los principios del Buen Gobierno y el cumplimiento de los fines del Estado, lo que redundará en el cumplimiento de las políticas públicas y en el respeto al erario. La importancia de la *Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*, persiste en el Decreto 1082 de 2015, a través de los artículos 1.2.1.1 donde establece los objetivos de citada entidad determinando como tal “*desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado*”. A su turno, los artículos 2.2.1.1.1.1 (objetivos del Sistema de Compras y Contratación Pública), 2.2.1.1.1.2.1 (participes de la Contratación Pública), 2.2.1.1.1.4.1 (lineamientos y formatos para la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones) y 2.2.1.1.1.6.3 (elaboración de manuales y guías para evaluación de riesgos de la Contratación Pública), señalan constantemente la intervención directa de esta importantísima Unidad Administrativa.

De lo anterior, claramente podemos observar que el Gobierno Nacional le dio la importancia que merece al principio de transparencia y erigió aquella como el pilar fundamental de la contratación estatal en lo que refiere al cumplimiento de las políticas públicas de

contratación, de ahorro de dinero, de cumplimiento de las metas del Plan Nacional de Desarrollo y de la unificación de la reglamentación aplicable al sistema de compra y contratación pública.

Entre las reformas que con mayor impacto encontramos en el nuevo estatuto de contratación y su norma “compilatoria” reglamentaria podemos señalar el Registro Único de Proponentes, donde se estableció la obligación para que todos los proponentes interesados en inscribirse en el RUP, deban utilizar el Sistema de Codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocidos por las sigla UNSPSC

Para lo anterior, Colombia Compra Eficiente presenta en su página WEB la Guía G-CBS-02 (V.14.080) y la Circular Externa No.12 del 5 de mayo de 2014, relativa a la Codificación de Bienes y Servicios para compras estatales.

Esta nueva versión de códigos del Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas, permite que en el Registro Único de Proponentes RUP se incluya más de tres actividades secundarias, limitante esta que presentaba el anterior Decreto 734 de 2012.

Así mismo, clasificar por bienes y servicios permite una mayor planeación en el proceso de compras públicas; no podemos olvidar que el Decreto 1082 de 2015, obliga a las entidades a publicar en el sitio web de la misma entidad y en el SECOP el plan anual de adquisiciones, lo que sin duda fortaleció la transparencia en la contratación. Así mismo, en aras de reafirmar la transparencia en la contratación a través de la aplicación del principio de publicidad se obligó a todas las entidades que contratan con cargo a los recursos públicos, a publicar –valga la redundancia- los mismos en el SECOP. De igual manera, existe la obligación de publicar en el

SECOPI los documentos del proceso y actos administrativos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes.

Entre otras cosas, al establecer la obligación de seguir los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se estableció la obligatoriedad de atender las directrices de aquella y en efecto de aplicar los documentos estandarizados que para el efecto se elaboren, lo que en últimas redundará en la unificación de documentación en diferentes procesos de contratación.

De igual manera, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, establece que las entidades públicas al momento de la contratación debe efectuar un análisis del sector donde se contemple un análisis financiero, legal, comercial, organizacional, técnico y de análisis de riesgo. Consecuentemente, ello conlleva a que las entidades propugnen al máximo por eliminar un eventual margen de direccionamiento o corrupción dentro de la contratación administrativa, sin duda haciendo honor al principio de transparencia.

Aunado a lo anterior, en cuanto al factor de desempate se establecieron causales mucho más claras, siguiendo las pautas del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, así pues inicialmente la entidad escogerá al oferente que haya obtenido mayor puntaje en los factores de selección; de persistir aquel, se escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de los factores de escogencia y calificación establecido en los pliegos de condiciones y así sucesivamente en lo que respecta a los factores de escogencia y calificación. Recordemos que la entidad deberá establecer el orden de importancia de los factores de escogencia. Si el empate

persiste se deberá preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros. Si continúa el empate, se deberá preferir las ofertas presentadas por una Mipyme Nacional. De continuar el empate, el cuarto criterio será preferir la oferta presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, cumpliendo con unos requisitos. Si el empate continúa, el quinto criterio de desempate será preferir aquel que cumpliendo con las condiciones establecidas en la Ley 361 de 1997, cuente con lo menos con el 10% de su nómina con personas en situación de discapacidad, pero en el evento de ser un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite tal condición debe contar con una participación del 25% en el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura. Si persiste el empate, encontraremos una última modalidad de desempate que versará sobre un criterio aleatorio que debe estar claramente definido en el pliego de condiciones.

Encontramos pues que estas modalidades de desempate son claras, sucesivas y excluyentes y que no se prestan para equívocos, lo que significa reglas claras para los oferentes, mayor transparencia en los procesos de contratación.

Principio de publicidad y transparencia en el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1150 de 2007

Vimos justamente en el apartado anterior, algunos de los que consideramos los aspectos más importantes que presenta el Decreto 1082 de 2015, respecto de la contratación pública; sin embargo, podríamos comentar cada uno de los artículos pues claramente resulta ser una norma encaminada y con objetivo claro de hacer honor a la transparencia administrativa. Será objeto de

otro estudio el establecer los cambios sustanciales introducidos por el Decreto 1082 de 2015, respecto de sus normas antecesoras: los Decretos 734 de 2012 y 1510 de 2013.

Dicho esto, señalaremos que la transparencia en la contratación pública, se encuentra soportada sobre diferentes pilares, el primero de ellos la publicidad de los actos. Se observa en el apartado anterior que el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 (antes artículo 19 del Decreto 1510 de 2013), precisamente quiso fortalecer el SECOP –Sistema Electrónico de Contratación Pública-, dando a conocer todas y cada una de las actuaciones en materia de contratación pública por parte de las entidades estatales y de todas aquellas que contraten con cargo a los recursos públicos. Con mayor ahínco este principio será aún más fuerte con la entrada en vigencia de la Ley 1712 de 2014, pues ese momento se empezará a hablar del “*principio de máxima publicidad para titular universal*”. En esencia, el principio de Publicidad se logra cuando las convocatorias se dan a conocer a terceros interesados, así como también cualquiera de los actos que puedan impactar en la escogencia de uno u otro oferente;

El fundamento legal del principio de publicidad y transparencia en la contratación estatal, lo encontramos soportado en los artículos 3 y 8 de la Ley 1150 de 2007 y desarrollado hoy en día por los artículos 2.2.1.1.1.7.1 (publicidad en el SECOP), 2.2.1.1.2.1.1 (Estudios y documentos previos) y 2.2.1.1.2.1.2 (aviso de convocatoria), los cuales en el anterior decreto 1510 de 2013, correspondían a los artículos 19, 20 y 95.

Como se observa, la norma es clara en tratar de abarcar con amplitud el principio de publicidad en prácticamente todas las actuaciones de las entidades públicas. No obstante lo

anterior, sería importante analizar la aplicación del principio de publicidad para la modalidad de contratación directa en un mayor margen, sin perjuicio de la discrecionalidad que la ley de reserva en materia de información nacional permite. No obstante, en buena hora, se tiene que la modalidad de contratación directa se sujeta a las normas de publicidad y por tanto de uso para la plataforma del SECOP.

Resumiendo lo dicho, los artículos precedentemente referidos señalan que todas las actuaciones deberán ser públicas, salvo aquellas sometidas estrictamente a reserva. Pues bien, la regla general es que las actuaciones de la Administración son públicas, la excepción se encuentra en aquellos aspectos que gozan de reserva y en este tema es la Ley la que determina esta reserva. En consecuencia, mal podría la Administración Pública escudarse en esta norma para no dar publicidad a sus actuaciones. En relación con el principio de publicidad en la contratación estatal, vale la pena hacer mención a la Directiva 007 del 13 de junio de 2011 expedida por la Procuraduría General de la Nación, de la cual, nos permitimos transcribir los siguientes apartes:

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, inició en el mes de Diciembre de 2010, una actuación preventiva respecto de la publicación de procesos contractuales en el SECOP y como resultado de dicha actuación, se evidenció, que para el año 2011, de 2.505 entidades estatales registradas en el SECOP solamente 1.611 han realizado publicaciones de sus procesos contractuales en este Portal, y muchas otras aún no se han registrado.

De lo anterior se colige que desde la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales, descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, tienen la obligación de publicar en el SECOP, los procesos contractuales que se adelanten

bajo las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa.

Por lo expuesto anteriormente y con el fin de asegurar el estricto cumplimiento del Principio constitucional y legal de Publicidad en los procesos de contratación estatal, el Procurador General de la Nación:

ADVIERTE a los representantes legales de las entidades estatales definidas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 y a los ordenadores del gasto, sobre su obligación constitucional y legal de dar publicidad a los procesos contractuales de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 (...)

PREVIENE a los representantes legales y ordenadores del gasto de las entidades estatales, que están obligados a verificar que las entidades a su cargo, se encuentren debidamente registradas en el Portal Único de Contratación www.contratos.gov.co [hoy colombiacompra.gov.co]. En caso de no ser así, deberán seleccionar los funcionarios que tendrán bajo su responsabilidad la administración de la información, así como asegurar que adelanten el proceso de capacitación y la presentación y aprobación del examen para la obtención del código de aprobación, procesos todos que se adelantan en línea, en la página web: www.contratos.gov.co.

REITERA que el representante legal de la Entidad correspondiente, deberá enviar el Formulario de Autorización de Usuarios en el Portal que se encuentra en la siguiente página: Formulario de Autorización de Usuarios, al correo electrónico: permisos@contratos.gov.co. Vía correo electrónico, cada persona recibirá un usuario y una clave que le permitirá publicar información en el Portal. Una vez registrados, deberán proceder a publicar la información de sus procesos contractuales bajo las reglas establecidas en el Estatuto General de Contratación

de la Administración Pública, (1) que establece que se debe dar publicidad a la totalidad de los documentos y actos administrativos asociados al respectivo proceso contractual, listando de manera indicativa los siguientes, según el tipo de proceso. (Procuraduría, 2011)

El resultado de la aplicación de esta Directiva, genera gran preocupación para quienes con apego a la Ley, observan como uno de los entes de control más importantes del Estado, efectúan serios reparos al principio de publicidad y por ende al de transparencia. En efecto, en la contratación directa no se deben desconocer las reglas de selección objetiva del contratista y por ende, a mi modo de ver, debería ser obligatorio dar publicidad a los actos expedidos en materia de contratación sea cual sea la modalidad de la que se hable.

Regla de subsanabilidad y transparencia en el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1150 de 2007

Otro aspecto fundamental que incide directamente hoy en día sobre la actuación y transparencia en la contratación pública, es el referente a la conocida “regla de subsanabilidad”, que establece el parágrafo 1o del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 e indirectamente el Decreto 1082 de 2015 cuando se señala en sus considerando que se aplicarán los principios del buen gobierno.

La regla de subsanabilidad según la exposición de motivos que se tuvo para la modificación de la Ley 80 de 1993, y en palabras del tratadista Dr. Gonzalo Suarez Beltrán

(2009), en diferentes escenarios académicos, busca diferenciar en la propuesta a). los requisitos habilitantes y b). Los factores ponderables.

Así las cosas y tal como se ha previsto por la norma tenemos:

- a. **REQUISITOS HABILITANTES:** Son todos aquellos aspectos muy propios del proponente que soporta su capacidad de organización, técnica, financiera y jurídica.

Estos aspectos son requeridos a los proponentes que deseen participar en los procesos contractuales, a través de los pliegos de condiciones o documento equivalente, conforme la naturaleza y alcance del objeto contractual.

En el entendido que estos documentos y requisitos los debe reunir el proponente, previo al cierre del proceso, son considerados de carácter habilitante, razón por la cual la entidad por intermedio de sus comités evaluadores, proceden a verificarlos. En el evento que un proponente no los acredite, tiene la posibilidad de allegarlos antes de producirse la adjudicación o en el caso de subasta inversa, hasta el momento previo a la misma.

Este procedimiento permite que no sea motivo de rechazo un proponente por aspectos de forma y por la falta de acreditación de algún documento que indiscutiblemente no afecta el factor de selección que resulta de los factores ponderables y que veremos a continuación.

- b. **ASPECTOS PONDERABLES (DE CALIFICACION):** En el contenido del pliego de condiciones, tiene la obligación la entidad de establecer aquellos aspectos sobre los cuales recae la calificación de la propuesta y que realmente se traducen en el factor de escogencia

del futuro contratista. Estos aspectos por su esencia, NUNCA pueden ser sujeto de subsanación.

Con esta diferenciación, quiere la norma que los aspectos habilitantes se VERIFIQUEN y los aspectos ponderables se CALIFIQUEN. Esto permite que la adjudicación recaiga sobre la MEJOR OFERTA en cabeza del proponente que reúna los requisitos mínimos habilitantes y que haya demostrado su capacidad e idoneidad para ejecutar el futuro contrato.

Hasta aquí el tema no ofrece mayor dificultad; sin embargo empieza a tornarse confuso, cuando los proponentes por vía de la regla de subsanabilidad, buscan reacondicionar sus propuestas, complementan información que no se tenía o con la que no se contaba y en muchos casos pretenden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre. Esto genera un desgaste alto para la Administración, además de incurrir en la toma de decisiones de tipo subjetivo, por cuanto la norma no tiene previsto algunos casos que más adelante veremos.

La regla de subsanabilidad, no resulta ser cosa distinta a un postulado normativo que tiene como objetivo brindar la oportunidad a los proponentes en desarrollo de un proceso contractual, de corregir aquellas falencias o errores de forma que no incidan sobre los aspectos de calificación de la propuesta. También brinda la oportunidad para que las entidades públicas puedan remover aquellos inconvenientes o aspectos de mera forma que se presentan en el proceso, buscando con ello una mayor participación de oferentes y por ende la pluralidad, que en últimas genera una verdadera competencia por la adjudicación del futuro contrato, con fundamento en reglas claras y objetivas.

De este modo, presentándose distintos matices e interpretaciones en un tema tan sensible para la contratación estatal como lo es la verificación de requisitos habilitantes y calificación de aspectos ponderables de la propuesta, a efectos de la escogencia del futuro contratista, el resultado no puede ser menos cercano a la preocupación que genera la aplicación del principio de transparencia a partir de la regla de subsanabilidad.

Sin embargo, es preciso señalar que en reciente pronunciamiento del Magistrado Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 26 de febrero del 2014, se señaló que el: *“defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas ‘usualmente indicado en los pliegos de condiciones’, sin exceder del día de la adjudicación”* (Consejo de Estado, 2014). En tal sentido, todo aquel documento que no implique mejoramiento de la oferta podrá ser subsanado. El anterior fallo zanja una discusión en torno a la subsanabilidad de documentos y la oportunidad para presentarlos y además materializa el principio de transparencia para aquellos contratistas que infortunadamente en muchas ocasiones omiten aportar documentos aun teniendo los mismos y que en nada mejoran la oferta.

A la anterior sentencia se le dio alcance mediante Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014, donde se señaló que en tratándose de “ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los

factores ponderables” (Consejo de Estado, 2014), a contrario sensu todo lo demás será subsanable.

Como conclusión al presente capítulo y después de observar los conceptos legales, jurisprudenciales y doctrinales, en relación con el principio de transparencia; después de citar y analizar el nutrido desarrollo en materia normativa a lo largo de los últimos ocho años y por supuesto, la inseguridad jurídica que ello conlleva, se tiene que la fuente potencial del fenómeno nefasto de corrupción radica en:

- a. La inaplicación de la legislación o en ocasiones, su aplicación desviada o amañada.
- b. Los vacíos que la proliferación desmesurada de normas genera, lo que ocasiona la oportunidad de interpretaciones subjetivas y/o con intereses oscuros.

En este sentido, se tiene que para el profesor Luis Guillermo Dávila (2016), *la gran mayoría de los problemas en materia de contratación estatal nacen de su no aplicación. Con seguridad la eficiencia de la gestión contractual del Estado sería otra si el estatuto se cumpliera y seguramente cualquier otro debate sobraría.*

.....

Si se observa, entonces, el panorama anterior, podrá concluirse que el problema de la contratación no es normativo sino humano y que mientras no se supere la crisis de valores que aqueja a nuestra sociedad, incluida en ella la falta de preparación, por más perfecta que sea la norma, se seguirán presentando los mismos inconvenientes sino peores. Por ello, parece que lo correcto, antes que cambiar las leyes injustamente inculpadas del descalabro, es iniciar de

inmediato el rediseño del Estado y de sus funcionarios, la hiperinflación normativa que nos caracteriza no es la solución sino por el contrario es culpable de muchos de nuestros males (Dávila, 2016,p 18,19)

Reafirma lo expuesto por el Profesor Dávila, la situación que en la actualidad y al momento de estar culminando el presente trabajo de tesis se presenta: recientemente el Decreto 1082 de 2015 fue objeto de las siguientes modificaciones, que si bien no impactan directamente en la temática objeto del presente trabajo, no dejan de preocupar por cuanto, efectivamente la proliferación normativa, genera inseguridad jurídica:

- El Capítulo 1 del Título 10 de la Parte 2 del Libro 2 fue sustituido por el art. 1, Decreto Nacional 2558 de 2015.
- Adicionada la Sección 1 al Capítulo III del Título VI del Libro 2 de la Parte 2 por el art. 1, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Adiciónese la Sección 1 al Capítulo III del Título VI del Libro 2 de la Parte 2 por el art. 1, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Adicionado el artículo 2.2.4.1.1.4.2 por el art. 2, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Modificado el artículo 2.2.4.1.1.4.3 por el art. 3, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Adicionado el artículo 2.2.4.1.1.5.5 por el art. 4, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Adicionado el artículo 2.2.4.1.1.5.6 por el art. 5, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Adicionado el artículo 2.2.4.1.1.5.7 por el art. 6, Decreto Nacional 173 de 2016.
- Modificado el artículo 2.2.5.2.2 por el art. 1, Decreto Nacional 213 de 2016.

- Adicionado el artículo 2.2.5.2.6 al Capítulo 2 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 por el art. 2, Decreto Nacional 213 de 2016.
- Modificado el artículo 2.2.5.3.3 por el art. 3, Decreto Nacional 213 de 2016.
- Adicionado el artículo 2.2.5.8.7 al Capítulo 8 del Título 5, de la Parte 2 del Libro 2 por el art. 4, Decreto Nacional 213 de 2016.
- Adicionado con el Título 13 a la Parte 2 del Libro 2 por el art. 1, Decreto Nacional 740 de 2016

Conclusiones

Abordados cada uno de los capítulos que sirvieron como fundamento para adentrarnos en el principio de la transparencia en la contratación administrativa, es necesario manifestar las siguientes conclusiones:

- a.** De manera categórica y teniendo como fundamento la inminente necesidad que le ha acudido tanto a la rama legislativa como a la ejecutiva, para que a lo largo de estos últimos nueve años, se haya generado la expedición de leyes y decretos reglamentarios, tal como fue ilustrado a lo largo del presente trabajo, resulta más que evidente y comprobado que a fecha de hoy no se ha alcanzado la efectiva materialización de contar en la Administración pública con una actividad contractual eficiente, transparente y mucho menos ajena al flagelo de la corrupción.
- b.** No obstante que el ordenamiento legal colombiano cuenta con un cúmulo amplio y difuso de regulación en materia contractual, adicional a la legislación de carácter civil y comercial, realmente encontramos la ineficacia de la norma, por cuanto la misma permite interpretación y aplicación que soslayan la efectiva materialización del principio de transparencia.
- c.** El concepto de transparencia se encuentra suficientemente decantado, tanto legal, doctrinal como jurisprudencialmente, lo que permite un entendimiento pleno de dicho principio en aras de la fundamentación normativa; en un concepto personal, el principio

de transparencia se materializa como el eje transversal de los demás principios que regulan la función administrativa y por tanto, su materialización se erige en el “correcto y abierto actuar de la administración pública”

- d.** En el entendido que uno de los motivos para la reforma al estatuto de contratación pública Ley 80 de 1993, determinaba que la amplia y dispersa normatividad eventualmente generaba un riesgo latente para la aplicación de los principios que regulan la actividad administrativa, con ello la transparencia, hoy en día encontramos que el Decreto 1082 de 2015, teniendo como fuente primaria el anterior Decreto 1510 de 2013, es el desarrollo del principio de la transparencia, pues en cada uno de sus artículos e incluso en la aplicación del mismo Decreto se tiene en cuenta lo referente al desarrollo de la Ley 1150 de 2007, la aplicación de la Ley 1474 de 2011 y la obligatoriedad de aplicar los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual permanentemente fija directrices que enaltecen el principio de transparencia en la contratación administrativa. Tan es así que ya se habla de la publicación en el SECOP de todos los documentos del proceso, desde la etapa precontractual, contractual e incluso hasta el vencimiento de cada una de las garantías, por lo cual claramente podemos señalar que el principio de la transparencia es transversal a toda la actividad contractual e incluso, a los demás principios de la contratación estatal.
- e.** La seguridad jurídica, referida en los considerandos del actual Decreto 1082 de 2015 como principio en un Estado Social de Derecho como el nuestro, se convierte en pilar fundamental para evitar diversidad de interpretaciones y opiniones en cuanto a un referido

tema, lo cual conlleva al fortalecimiento de la transparencia en la actuación administrativa y contractual. Así mismo, la obligatoriedad de la publicidad en el SECOP, la permisión de incluir más de tres (3) actividades secundarias en el RUP, la determinación clara y objetiva de los factores de desempate, la aplicación de directrices de Colombia Compra Eficiente y en general todos los actos referentes al conocimiento del oferente de las reglas de juego en un proceso de contratación conducen a la eliminación de la corrupción y todo ello sumado hace parte del principio de la transparencia en la contratación administrativa. No obstante lo anterior, es claro que la corrupción no ha logrado eliminarse por completo debido al surgimiento de nuevas formas de desangrar el erario, de tal manera que el papel de las veedurías será fundamental para lograr la denuncia de actividades que atentan contra de la transparencia.

- f.** El principio de “publicidad” se constituye hoy por hoy en uno de los retos mas grandes propuestos por la Administración Pública, al encontrar que este postulado permite con el avance de los medios tecnológicos y específicamente con lo señalado en la Ley 1712 de 2014, (Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional) la posibilidad de conocer integramente, salvo restricción legal, la gestión administrativa y acceder a la información que permita ejercer vigilancia y control ciudadano.
- g.** Indudablemente para el Gobierno colombiano, como prioridad se generó una reestructuración de fondo al estatuto de la contratación pública, de tal suerte que se cuenta hoy en día con una norma que tiene por objetivo servir como verdadero instrumento legal, integrado y reglado que permita adelantar la actividad contractual de forma objetiva y

dando aplicación a los principios que regulan la Función Pública, especialmente la transparencia como eje central de una política anticorrupción y ello lo vemos representado entre otras normas en la Ley 1712 de 2014, sin embargo la dispersión normativa en materia de transparencia y la necesidad de reglamentación hacen que sea difícil alcanzar la aplicación estricta del principio de transparencia.

- h.** Aunado a lo anterior, la transparencia se constituye como el blindaje frente a actos de corrupción por parte de las entidades que contratan con cargo a los recursos públicos y además se erige como defensor de la moralidad administrativa y de los demás principios de la función administrativa como el de legalidad y la fijación de reglas precisas, claras, completas y objetivas (art. 29 y 209 de la C.N). No se puede dejar de lado principios tan importantes como la igualdad (art. 13 C.N), la libre concurrencia, la publicidad, la existencia de medios de control frente a las actuaciones arbitrarias de las entidades, la posibilidad de contar con audiencias públicas, de ejercer controles, la posibilidad de conocer los llamados a contratar (deber de publicar los avisos de convocatoria), el deber de motivar los actos administrativos que se expidan dentro de un proceso de contratación, el actuar imparcial, la inexistencia de trámites diferentes a los reglados en la norma, el deber de actuar de buena fe por parte de los proponentes (Ley 80 de 1993, Ley 1450 y 1474 de 2011).
- i.** Del mismo modo, al ser la finalidad de la contratación pública la satisfacción del interés general y la satisfacción de los intereses colectivos (art. 29 Ley 80 de 1993), las normas que hacen parte del Estatuto de la Contratación Pública son imperativas y de orden

público, lo que obliga al funcionario a actuar rectamente, sin desviación ni abuso del poder; Así pues, cuando un funcionario sea obligado a direccionar los pliegos o las decisiones que debe tomar en una contratación en particular, aquel deberá denunciar inmediatamente el hecho ante las autoridades competentes, pues es evidente que no puede existir un actuar amañado, escondido, oscuro. En igual sentido, los oferentes o cualquier interesado debe denunciar cuando alguien ofrezca beneficios en la contratación a cambio de algún tipo de retribución. De tal manera, la selección objetiva es la expresión máxima del principio de la transparencia, pues todo aspecto subjetivo o caprichoso de las entidades contratantes será eliminado de los pliegos de condiciones o de las convocatorias públicas que se hagan para contratar.

- j. La transparencia, visto desde el punto de vista constitucional como principio, se encuentra estrecha y directamente relacionado con la función administrativa, como soporte para el buen ejercicio y el desarrollo socioeconómico de sus asociados en la búsqueda del cumplimiento de los fines esenciales del Estado; la filosofía del derecho enseña que los “*principios*” se establecen normativamente como mandatos de aplicación inmediata, de tal suerte que los postulados señalados en nuestra Constitución, cumplan con su preámbulo, buscando el aseguramiento de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz de sus habitantes; En el entendido que la Constitución Política de 1991, interpretó el deseo de la comunidad en procura de hacer de Colombia un “*estado social de derecho*”, no resultó menos cierto la imperiosa necesidad de dar sólido sustento en lo que a derechos se refiere y a la protección de los mismos,

fundamentalmente sobre los ya tratados principios; así las cosas, el principio de transparencia no puede ser tomado como una simple expresión inmaterial y aislada, si no como todo un axioma sobre el cual, junto con los demás principios constitucionales y legales, permitan la real y efectiva materialización de los derechos y particularmente hablando para los efectos del presente trabajo de tesis, sobre las reglas de la sana administración, la objetividad, la publicidad y la optimización del recurso público.

Finalmente y como condición puesta de manifiesto en la introducción del presente trabajo de investigación, se plantea como una PROPUESTA de mejora en la consecución de una actividad contractual transparente, el siguiente planteamiento, análisis y recomendación:

Considerando y reafirmando lo antes señalado, debo advertir que infortunadamente no se ha alcanzado de forma definitiva por el Gobierno Nacional el objetivo propuesto con la reforma a la contratación pública, en procura de asegurar una contratación pública transparente, de allí que ha sido necesario la expedición de Leyes y Decretos para mejorar la transparencia como por ejemplo: la expedición del estatuto anticorrupción (Ley 1474), el estatuto anti trámite (Decreto 019 de 2012), la Ley 1712 (Ley de transparencia), entre otras que coadyuvan a la consecución de la transparencia en la contratación administrativa. La tarea no ha sido fácil y no lo será; no obstante de lo que se trata es seguir siendo críticos y continuar luchando por lograr esa finalidad y el anhelo buscado por el constituyente, por el legislador y por el ejecutivo. Lo anterior, sin perder de vista que no podemos hablar de transparencia en sentido

absoluto, cuando a diario seguimos escuchando noticias que datan sobre hechos de corrupción en la contratación estatal, saqueo al erario público y delitos de este tipo impunes.

Como propuesta de solución a las fisuras ya expuestas que genera el amplísimo marco normativo de la contratación pública en Colombia, se propone:

1. Previo el trámite de Ley, expedir en una única norma el **marco general de la contratación pública**; De esta forma, con los ajustes jurídico procesales necesarios, se debería derogar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, las cuales quedarían inmersas en un solo cuerpo normativo. En igual sentido, se incorporaría otros aspectos de orden legal que se encuentran dispersos en otras Leyes como la Ley 1450 de 2011, la Ley 1474 de 2012, entre otras.
2. Vía Decreto Reglamentario, en un solo cuerpo normativo, efectuar los ajustes jurídicos procesales necesarios, a la nueva Ley; lo anterior implica derogar el recién expedido Decreto 1082 de 2015 y demás normas complementarias que regulan el marco general. Bajo el mismo objetivo, también se incorporaría otros aspectos de orden legal que se encuentran dispersos en otros Decretos como el 019 de 2012, entre otros.
3. Muy a pesar de la intención del Ejecutivo por propender la unificación de la normas de carácter administrativos en un solo cuerpo (como lo es el Decreto 1082 de 2015), resulta de suma importancia que las normas en materia de contratación (Ley y Decreto), no se utilicen para regular otras materias.

Uno de los defectos que hoy presenta el actual Decreto 1082 de 2015, resulta por cuanto en su cuerpo, además de regular normas de carácter contractual, también se regula:

- *Temas para reglamentar las Asociaciones Publico Privadas APP.*
- *Fondo de Regalías, en Liquidación.*
- *Sistema General de Regalías.*
- *Sistema General de Participaciones.*
- *Seguimiento a proyectos de inversión pública*
- *Seguimiento y evaluación de políticas públicas*
- *Instrumentos de focalización de los servicios sociales*
- *Servicios públicos domiciliarios*
- *Avalúos catastrales*
- *Planes de desarrollo*
- *Consejo nacional de política económica y social (CONPES)*

4. Dejar de utilizar para la estructura y organización del cuerpo normativo, el tan criticado sistema numérico tipo tesis (1.1.2.3.4.5.6.), el cual genera dificultades en su ubicación y confusión en el manejo.

5. Los Acuerdos Marco son herramientas de agregación de demanda que permiten a las Entidades adquirir de manera ágil y oportuna los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes; la experiencia muestra que las compras en volumen, generan grandes beneficios para la entidad compradora; en este sentido, se recomienda robustecer y ampliar el sistema de compras a través de los ACUERDO MARCO DE PRECIOS, el cual, hoy en día se encuentra limitado tan solo a los siguientes productos o servicios:

- *Dotaciones de vestuario*
- *Papelería y útiles de oficina*
- *Servicio integral de aseo y cafetería*
- *Arrendamiento de ETP (Equipos Tecnológicos y Periféricos)*
- *Productos y servicios Google*
- *Productos y servicios Microsoft*
- *Centro de contacto*
- *Nube pública*
- *Centro de datos / Nube privada*
- *Conectividad*
- *Tiquetes aéreos*
- *Seguros de vehículos*
- *SOAT*
- *Blindaje para vehículos*

- *Vehículos blindados*
- *Vehículos*
- *Combustible*

6. Como mecanismo alternativo de solución de fondo y aunque parezca administrativamente desbordado, se debe desde ya visionar en el fortalecimiento de la *Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*, para que objetivo y funciones no se limite a “*desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública*”, sino que además, OPERATIVAMENTE genere y adelante en gran medida la adquisición de bienes y servicios de todas las entidades compradoras de orden público.
7. No resulta menos importante, propender por efectuar una modificación a la Ley 130 de 1994, “*Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones*”, en lo relacionado a aportes de particulares a las campañas políticas.
8. Aunque en la actualidad (octubre de 2016) cursa ante el Congreso de la República un proyecto de ley tendiente a la expedición de un nuevo estatuto de contratación pública, liderado por la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra

Eficiente, el mismo fue y sigue siendo motivo de bastantes críticas y observaciones, toda vez que presenta serios reparos tanto de técnica jurídica, como de inconveniencia. (documento publicado página web Colombia Compra Eficiente – consolidado de observaciones al proyecto)

Bibliografía

Doctrina

Araujo O., R. (2011). *La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Bogotá: Universidad del Rosario.

Benavides, J. L. (2002). *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J. L. (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y Concordado.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario jurídico elemental.* Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Castro C., C. (et., al.) (2010). *La contratación estatal: teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Contraloría General de República (2011). *Control ciudadano a la contratación estatal.*

Deik A., C. (2014). *Guía de la contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección.* Abeledo Perrot.

Dávila V., L G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal.* Bogotá. Tercera edición. Editorial Légis.

Echeverry, Á., (2002). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ediciones Librería del profesional.

Escobar G., R. (2000). *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Legis.

Exposito V., J. (2003). *La configuración del contrato de la administración Pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fandiño, J. (2014), *la contratación estatal*, editorial leyer.

Gomez L. I. (2016), *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogota. Editorial Legis.

Hoyos G. (et, al), (2015), *la contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público*, biblioteca jurídica - 1 edición.

Inocencio M., J. (2009), *la responsabilidad contractual en el desarrollo público de los contratos estatales*, ediciones doctrina y ley, tomo 1.

Lamprea R., P. (1979). *Contratos Administrativos, tratado teórico y práctico*. Fondo de Cultura Jurídica.

Maldonado C, A. (2011), *La lucha contra la corrupción en Colombia: la carencia de una política integral*. Friedrich Eberto stiftung en Colombia -FESCOL.

Mantilla E, F; Ternera B, F. (2009). *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá. Universidad del Rosario. Editorial Légis.

Mejía M., Á. (et., al.) (2012). *La contratación del Estado a partir del año 2012*. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá.

Molano L, M. (2010), *los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses*, ediciones nueva jurídica.

Navarrete M, J O. (2010), *Financiamiento electoral en Colombia*, Misión de Observación Electoral MOE.

Pachón L, C. (2014), *contratación pública - análisis normativo descripción y procedimientos*, ecoediciones, 6 edición.

Palacio H, J. (2014), *la contratación de las entidades estatales*, librería jurídica Sánchez R Ltda, 7 edición.

Penagos, G. (1994). *Derecho Administrativo: parte general, derecho comparado, doctrina, jurisprudencia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Quinche R., M. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial TEMIS.

Rodríguez T., M. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Medellín: Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Rosero M., B. (2014). *Contratación Estatal*. Bogotá: Ediciones de la U.

Solano S., J. (2010). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Solarte M, F. (2014), *contratos estatales atípicos*, ediciones nueva jurídica, 3 edición.

Sotomayor U, O. (2013), *contratación estatal- gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que participan en contratación estatal como elemento estructural de responsabilidad fiscal*, librería ediciones del profesional Ltda, 1 edición.

Suárez B., G. (2009). *La nueva Contratación Pública en Colombia*. Bogotá: Legis.

Suárez B., G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual público*. Bogotá: Editorial Legis.

Treves R. (1998). *La sociología del Derecho, orígenes, investigaciones y problemas*. Barcelona: Casa Editorial Ariel Derecho.

Universidad del Rosario. (2011). *La ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 15324. Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Agosto 29 de 2007

Consejo de Estado, Auto del 1 de abril de 2009. M.P. Ruth Stella Correa. Decreta suspensión provisional.

Consejo de Estado, Providencia del 27 de mayo de 2009. M.P. Ruth Stella Correa. Confirma suspensión provisional del auto de fecha 1 de abril de 2009.

Consejo de Estado, Auto del 27 de mayo de 2009. M.P. Enrique Gil Botero. Decreta suspensión provisional.

Consejo de Estado, Providencia del 06 de agosto de 2009. M.P. Enrique Gil Botero. Confirma suspensión provisional del auto de fecha 27 de mayo de 2009.

Consejo de Estado, Auto del 25 de noviembre de 2009. M.P. Ruth Stella Correa. Decreta suspensión provisional.

Consejo de Estado, Providencia del 18 de marzo de 2010. M.P. Ruth Stella Correa. Decreta suspensión provisional.

Consejo de Estado, Sentencia del 14 de abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. Decreta nulidad.

Consejo de Estado, Auto del 24 de marzo de 2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Declara nulidad.

Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de 2010. Radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034- 00

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera Subsección C,
Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá D.C, dieciséis (16) de
marzo de dos mil quince (2015). Radicación: 52001-23-31-000-2003-00665-01 (32.797)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.
Enrique Gil Botero, Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01, expediente: 25.804 de
26 de febrero de 2014

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.
Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación: 25000232600020020160601, expediente:
29.855 de 12 de noviembre de 2014

Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 2008. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy
Cabra.

Normativa

Constitución Nacional de Colombia, 1991.

Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la nación y sus entidades
descentralizadas y se dictan otras disposiciones

Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Decreto 856 de 1994. Por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio

Ley 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones

Decreto 92 de 1998. Por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

Decreto 393 de 2002. Por el cual se modifican parcialmente los decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil

Ley 789 de 2002. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo

Ley 1150 de 2007. 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

Decreto 066 de 2008. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones

Decreto 2474 de 2008. 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

Decreto 4881 de 2008. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones.

Decreto 836 de 2009. Por el cual se modifica el Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008

Decreto 1520 de 2009. Por el cual se modifica el Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008

Decreto 2247 de 2009. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4881 de 2008 y se dictan otras disposiciones

Decreto 3083 de 2009. Por el cual se modifica el régimen de transición para la inscripción en el Registro Único de Proponentes

Decreto 1464 de 2010. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el registro único de proponentes a cargo de las cámaras de comercio y se dictan otras disposiciones

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1474 de 2011. 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

Decreto Ley 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura

Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014

Decretos 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública

Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones

Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública

Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional

Fuentes Noticiosas Diarios de amplia circulación.

El Tiempo. Edición No. 36.687 del 22 de mayo de 2015. Página 2.

El Espectador. Edición No. 36.829 del 22 de mayo de 2015. Página 2

Recursos electrónicos

Congreso de la República, Proyecto de Ley número 19 “Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”, disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/pl19.htm>

Del Castillo, Edmundo. El principio de transparencia en la reforma del estatuto de la contratación administrativa, disponible en: http://www.aplegis.com/documentosoffice/ley80/edmundo_castillo_principio_transparencia02.pdf. Recuperado el 16/09/2014

Procuraduría General de la Nación, Directiva 007 DE 2011, disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/9_PGN-Directiva7-2011.pdf

Sitio oficial web Fundación Razón Pública. Publicación de la Directora de la Fundación Transparencia por Colombia: La Corrupción en Colombia. Disponible en:

<http://www.razonpublica.com/index.php/econom%C3%ADa-y-sociedad/1510-la-corrupcion-en-colombia.html>. Recuperado el 26/07/2016