

## **EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTRATO DE OBRA: SUS FORTALEZAS Y DEBILIDADES**

**CESAR ALMARALES ORTIZ.**

### **RESUMEN**

La corrupción ha permeado a la sociedad desde siempre, el principio de Transparencia se presenta como una oportunidad de control social de este flagelo; no obstante, el problema que surge en este artículo se relaciona con ¿Qué fortalezas y debilidades evidencia el principio de Transparencia en el Contrato Estatal de obra? Desde que el principio de Transparencia se empezó a implementar, se ha obstaculizado en gran manera las prácticas corruptas de algunos funcionarios y contratistas del estado; es así que se puede concluir que este principio ha incidido en un alto porcentaje para la disminución de la corrupción en Colombia.

Dentro de los objetivos del presente artículo se encuentran: Identificar la naturaleza jurídica del principio de transparencia, describir de dicho principio a la luz del contrato de obra, así como identificar sus fortalezas y debilidades.

La Principal fortaleza que tiene este Principio se relaciona con su eficacia para el control de la corrupción en los procesos contractuales que llevan a cabo las entidades estatales y como principal debilidad se encuentra en los vacíos procedimentales que tienen los procesos contractuales estatales.

Para este artículo se utiliza la metodología analítica-deductiva, mediante la cual, se hace un análisis principalmente de la LEY 80 DE 1993, así como de documentos, libros, revistas jurisprudenciales y doctrinales que se desarrollan en el mundo académico y en el ejercicio de la acción administrativa, para posteriormente

deducir esas fortalezas y debilidades que posee el principio de transparencia en el contrato de obra al darle una aplicación en la práctica.

**PALABRAS CLAVES:** Contratación Estatal, Principio de Transparencia, Contrato Estatal de Obra.

## **ABSTRACT**

Corruption has permeated society since always, the principle of Transparency is presented as an opportunity for social control of this scourge; however, the problem that arises in this article is related to: What strengths and weaknesses does the principle of Transparency in the State Work Contract show? Since the mandatory implementation of the principle of Transparency, the corrupt practices of some state officials and contractors have been greatly hampered; thus, it can be concluded that this principle has had a high percentage in reducing corruption in Colombia.

Among the objectives of this article are: Identify the legal nature of the principle of transparency, describe this principle in light of the work contract, as well as identify its strengths and weaknesses.

The main strength of this Principle is related to its effectiveness in controlling corruption in the contractual processes carried out by state entities and as its main weakness it is found in the procedural gaps in state contractual processes.

For this article, the analytical-deductive methodology is used, through which an analysis is made mainly of LAW 80 OF 1993, as well as documents, books, jurisprudential and doctrinal journals that are developed in the academic world and in the exercise of administrative action, to later deduce those strengths and weaknesses that the application of the principle of transparency in the work contract possesses.

**KEY WORDS:** State Contracting, Principle of Transparency, State Contract of Work.

## INTRODUCCIÓN

La “Ley 80 de 1993”, conocida como la fuente o el fundamento principal de la contratación de la administración pública, es básicamente la herramienta indispensable para llevar a cabo la gestión pública, a través de la cual, el Estado va en búsqueda de la contribución a la gestión idónea y eficaz del tratamiento del erario; haciéndose la contratación estatal, una de las formas de ejercer el gasto público, así como una de las actividades económicas principales en Colombia. Por medio de esta ley, se aborda todo lo referente a la contratación estatal, dejando claro el paso a paso de cada proceso contractual y advirtiendo los requisitos para seleccionar a los contratistas aplicando los principios estatuidos en esa normatividad, diferentes a antiguas figuras que transgredían los principios de la función pública y de la contratación estatal, que al ser tan flexibles permitían la manera no ética ni moral en que se contrataba, permeadas de ilegalidades en las diferentes etapas del proceso contractual por parte de funcionarios públicos y de algunos particulares, sobre todo en la selección de los contratistas.

En ese sentido, es tenido en cuenta como referente, que desde la vigencia de la ley 1150 de 2007, teniendo en cuenta los indicadores de la percepción de la corrupción y un informe del año 2008 de “Transparency Internacional”, nuestro país se ubicaba en la posición número 70 sobre los 180 países que fueron estudiados en el ranking de la manera en que los ciudadanos perciben la corrupción. Colombia, obtuvo un puntaje de 3.8, lo que significa el nivel de corrupción del sector público de acuerdo a lo percibido por empresarios y crítico-analíticos de nuestro país, siendo 10 “No percepción de corrupción” y 0 “Mucha percepción de corrupción.” Entonces, debemos tener en cuenta que para el Estado y para casi todas la Organizaciones No Gubernamentales (ONG’s), la transparencia es de suma importancia, por lo que, a lo largo de los años, se ha intentado crear soluciones para estos problemas de corrupción, pues ellos afectan en gran manera el bienestar y el desarrollo de la sociedad colombiana; convirtiéndose los contratos estatales en uno de los instrumentos que más atención debe prestársele porque sufren mucho de los flagelos de la corrupción.

Al respecto, la “corrupción gira en torno a tres aspectos importantes: el primero es la administración pública, que comprende el patrimonio del Estado y el interés público y social; el segundo es el escenario, o propósito; y finalmente el tercero: es el verdadero perjudicado”. (Scheller A. & Silva, Sh. 2017. pág. 6). El fenómeno de la corrupción en Colombia penetra de manera grave a todos los estamentos de la sociedad colombiana, ya es evidente que en muchas ocasiones los entramados en corrupción provienen de la actividad privada.

Para los fines pertinentes a la concreción, es menester recordar que en nuestro país, a pesar de la reforma al estatuto de contratación de la administración pública (Ley 80 De 1993) y la el nuevo sentido brindado al principio de la transparencia, ha sido imposible dejar a un lado los inconvenientes respecto a la corrupción administrativa, toda vez que la normatividad actual es todavía insuficiente y demasiado permisiva en cada una de las etapas del proceso contractual, dando paso así a que los procedimientos de selección de contratistas estén ligados a intereses personales de los servidores públicos y de los particulares.

Por todo lo antes expuesto, se justifica este artículo porque permite aportar inquietudes y crear conciencia, además se identificara la naturaleza jurídica del principio de transparencia, tema que será tratado en el primer capítulo de este documento dentro de la normatividad relacionada a la contratación pública, el cual le brinda las garantías a todos los interesados en participar de los procesos contractuales ante las diferentes entidades públicas del país.

Seguidamente, el segundo capítulo de este artículo, se analiza el desarrollo del contrato de obra en relación con el principio de Transparencia, describiendo la definición del Contrato de Obra, cuáles son sus modalidades teniendo en cuenta la articulación del principio de transparencia a través de los principios de selección objetiva, de igualdad y de publicidad, mostrando además las diferentes situaciones contractuales, en los cuales estos principios antes mencionados desarrollan el principio de transparencia.

Por último, en los capítulos tres y cuatro se discriminan, las debilidades y fortalezas de la aplicación del principio de transparencia en el contrato estatal de obra.

En este sentido, el artículo se realizó, observando la corrupción, la cual degrada todos los valores éticos y morales del individuo y afecta directamente a la sociedad en general; es la “disgregación o ruptura de los elementos de un ser compuesto; por tanto, una mudanza o cambio negativo”. (Hernández, D. 2011. pág. 74).

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En Colombia, la función administrativa, es una actividad regida por el derecho público, desarrollada por una autoridad pública o una persona privada autorizada por la ley, con la que se busca satisfacer las necesidades del pueblo, teniendo en cuenta los principios y obligaciones estatales establecidas en la constitución. Esa función pública se manifiesta de distintas maneras, a través de actos administrativos, de hechos administrativos, de operaciones administrativas, de omisiones administrativas y **de contratos estatales**.

Estos últimos, en términos generales, son acuerdos de voluntades, en el que al menos una de las partes es una entidad pública. En materia de contratación estatal, el principal fundamento legal es la LEY 80 DE 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en él, encontramos distintos tipos de contratos estatales, el que nos interesa en este artículo es el contrato de obra, que será desarrollado más adelante.

En la misma ley mencionada, se establecen los principios sobre los cuales se debe regir la contratación estatal en nuestro país, se mencionan principios como el de responsabilidad, de economía y en especial, el de transparencia. Este último, busca que todo lo concerniente a la contratación se haga de manera honesta, pública, exenta de corrupción. Como todo, su aplicación en los contratos de obra puede tener algunas fortalezas, sin embargo, también trae consigo algunas debilidades, las cuales deben ser determinadas, para efectos de mejorar la función administrativa y así, satisfacer de mejor manera los intereses de la sociedad.

## **FORMULACION DEL PROBLEMA**

Con base en el principio de transparencia ¿Cuáles son las debilidades y fortalezas identificables en el contrato de obra?

## **JUSTIFICACIÓN**

Esta investigación es conveniente realizarla porque representa un estudio detallado del principio de transparencia en el contrato estatal de obra, tema que ha sido poco investigado, gracias a esta investigación, se logrará identificar cuáles son las fortalezas del contrato de obra a la luz de este principio que se deben sostener y cuáles son las debilidades que debemos tratar de reforzar, con el fin de ejecutar de mejor manera los contratos, pues solo conociendo lo que está mal, es que lo podremos corregir.

Con esta investigación, se realizarán importantes aportes a la ciencia jurídica, llenando vacíos no solo teóricos sino también prácticos, pues se abordará este tema desde su aplicación, toda vez que solo así podremos establecer cuáles son esas fortalezas y debilidades que se encuentran en la ejecución de este tipo de contratos al cumplir el principio de transparencia. Así mismo, se aclarará o se sentarán criterios sobre la naturaleza jurídica del contrato de obra y de cómo influye el principio de transparencia en este tipo de contratos estatales.

Al comenzar esta investigación, se pudo evidenciar que es un tema del que poco se ha investigado, lo que hace que esta sea de gran beneficio para la comunidad universitaria, profesional y general. Toda vez que permitirá que los universitarios y profesionales del derecho comprendan de mejor manera estas figuras jurídicas y entiendan de manera íntegra su aplicación. Sumado a ello, es beneficiosa para la comunidad en general, por cuanto el fin último de la función administrativa es satisfacer las necesidades de aquella y los contratos estatales, son una de las formas en que esta se manifiesta.

## **OBEJITIVO GENERAL**

Identificar con base en el principio de transparencia las debilidades y fortalezas en el contrato de obra, en el marco de la LEY 80 DE 1993 y las demás normas reglamentarias.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Analizar la naturaleza jurídica del principio de transparencia en el marco del ARTÍCULO 24 DE LA LEY 80 DE 1993 y demás normas subsiguientes.
- b. Describir a la luz del principio de transparencia los avances del contrato de obra a partir de la LEY 80 DE 1993.
- c. Desglosar las debilidades del contrato de obra a la luz del principio de transparencia.
- d. Identificar las fortalezas del contrato de obra a la luz del principio de transparencia.

## **METODOLOGÍA**

La presente investigación, está enmarcada dentro del método analítico-deductivo. Es analítica, porque a través de un proceso cognoscitivo, se va a descomponer el objeto de estudio de esta investigación, para separar cada uno de sus elementos y poder estudiarlos de manera individual, haciendo un mejor y completo análisis del tema. Así mismo, se aplicará el método deductivo, toda vez que este permite llegar a conclusiones amplias o generales para explicar aspectos particulares o darles solución a hechos muy específicos.

Con esta investigación, se busca conocer las fortalezas y debilidades que tiene un tipo de contrato estatal (el de obra) en virtud de la aplicación del principio de transparencia. Esto, hace necesario que se ejecute un análisis detallado de los temas en general para luego establecer conclusiones específicas y que se encuadren a los objetivos de este artículo.

En virtud de lo anterior, se abordará entonces esta investigación bajo un análisis a través de un proceso cognoscitivo, de las leyes (especialmente la LEY 80 DE 1993), teoremas, doctrina y postulados generales respecto al principio de transparencia y la contratación estatal. Al terminar ese análisis, se extraerán conclusiones o apreciaciones muy particulares, específicamente sobre las fortalezas y debilidades del contrato de obra a la luz del principio de transparencia.

## **CAPITULO I**

### **LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

Con la Constitución de 1991, se adecua la normatividad concerniente con la Contratación Pública, la cual, teniendo en cuenta los principios establecidos en la nueva constitución relativos al Estado Social de Derecho, corrigiendo lo establecido en el Decreto Ley 222 de 1983 por cuanto esta norma contaba con “serias falencias como su excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y las múltiples instancias de control y revisión” (Castro, García & Martínez 2010, p. 68).

El legislador integra el marco jurídico de la contratación pública, de tal forma que evade la manipulación perversa del estableciendo a la ley 80 de 1993 como “el principal instrumento de la gestión pública, mediante el cual el estado busca contribuir a la gestión óptima y eficiente del manejo de los recursos públicos; convirtiéndose así la contratación estatal, en un instrumento de ejecución del gasto público. (Martínez & González, 2014, p. 8). La principal fuente legal del principio de transparencia es el artículo 24 de la ley 80 de 1993, el cual establece las pautas sobre su aplicación, expresando entre otras cosas que todo el proceso de contratación estatal será público, que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten.

Con esta reforma se moderniza al Estado colombiano tratando de alcanzar el objetivo de dar mayor eficiencia y transparencia a los procesos contractuales combatiendo así, los vicios de corrupción buscando así la “eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción. (Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005).



Posteriormente el legislador buscando una mayor transparencia a la contratación pública promulga la ley 1150 de 2007, la cual tiene dentro de sus objetivos principales definir las modalidades de contratación, reforzar la contratación directa y subsanar la falta de publicidad en los diferentes procesos contractuales; “Entendiendo que el funcionario en el ejercicio de sus funciones no puede actuar como le parece, sino que debe hacerlo según una serie de normas que regulan y reglamentan su actuación”. (Torres, A. E. 2014. pág. 73).

No obstante lo anterior es importante recalcar que la Licitación pública es el medio de contratación mediante el cual se garantiza una mayor transparencia, en tanto que asegura una mayor afluencia de oferentes, es por esto que esta ley prevé además la utilización de los medios electrónicos, teniendo en cuenta que la licitación es la norma principal para aplicar en la escogencia del contratista y en ese sentido los demás medios de selección se aplican de manera excepcional; en este sentido cuando la entidad pública quiera iniciar un proceso de contratación estatal deberá explicar y justificar las razones por las cuales va a escoger otro medio de selección, tal como está consagrado en el parágrafo 1° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007 “La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar” (Palacio, 2009, p., 293).

En lo referente a la falta de publicidad para los diferentes procesos contractuales, la ley 1150 de 2007, establece unos mecanismos que garantizan la publicidad siendo este un aspecto esencial en la contratación pública, la cual, tiene como objetivo garantizar el acceso igualitario a los procesos contractuales con el estado. En este sentido se implementó un cambio importante en el Portal Único de Contratación, que pasa de un sistema meramente informativo a un sistema transaccional mediante el cual los oferentes podrán contratar directamente sin ninguna intermediación adicional, por la vía electrónica.

El Decreto 2170 de 2002 en su artículo 1°, ya había previsto el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 cuando impuso el deber legal a todas las entidades contratantes de publicar los proyectos de pliegos en sus

páginas web, así mismo la obligatoriedad de cumplir este requisito en la contratación directa de menor cuantía, esto con el objetivo de recibir observaciones, y en el artículo 2° del mismo Decreto señala el deber de realizarlo antes de publicar los pliegos definitivos. Posteriormente el Decreto 2434 de 2006 que deroga al Decreto 2170 de 2007, señala que esta publicación debe hacerse en el Portal Único de Contratación.

Luego la ley 1150 de 2007 en su artículo 8° solicita lo mismo agregando el deber de publicar los estudios previos que sirvieron de base para los pliegos, justificando además las razones para acoger o rechazar las observaciones hechas al proyecto de pliego, “Además, las entidades deben justificar las razones por las que rechazan o acogen en el pliego definitivo las distintas observaciones que cualquier persona haya realizado al proyecto de pliego (Martínez & González, 2014, p. 33).

La Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, creada por el Decreto ley 4170 de 2011, deroga mediante el Decreto 1082 de 2015 el Decreto Reglamentario de la Ley 1150 de 2007, en donde se señala la obligatoriedad de publicar en el SECOP todos los documentos relacionados con los procesos contractuales, fortaleciendo así, a esta entidad jurídica y sus procesos para la contratación pública, “con el objetivo de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente” (Martínez & González, 2014, p 35 ).

Con la Ley 1150 de 2007, se introducen procesos más prácticos y transparentes para todos actualizados además con la realidad actual del país estimulando el uso de las herramientas informáticas, de tal manera que a diferencia del SECOP I, el SECOP II se convierte en la herramienta indicada para llevar hasta su culminación todo el proceso contractual, a la vista de todos los interesados en la ejecución del contrato, garantizando así, el principio de transparencia y publicidad.

El principio de publicidad genera entonces una mayor confianza a todos los administrados, por cuanto al hacer público todos los actos relacionados con los

procesos contractuales se le brinda eficazmente una mayor seguridad jurídica a dichos procesos contractuales. Ahora bien, con la Ley 1712 de 2014, por medio del cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la información pública señala en su artículo 1° lo siguiente: “Regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información”. Mediante esta nueva ley, se denota con precisión la relación articulada que existe entre los principios de publicidad y transparencia, teniendo en cuenta que esta norma impone a todas las entidades públicas la obligatoriedad de facilitar el acceso a la información, excluyendo solamente los actos propios que ya están excluidos constitucionalmente y por la ley, sin embargo en esta nueva ley se consagra el acceso a la información pública como un derecho fundamental, que puede ser ejercido tanto por los nacionales como por las personas extranjeras; y así “satisfacer las necesidades públicas a través de la contratación, no sólo para que quien tenga capacidad de ejecutar la actividad a contratar haga su oferta, sino para ayudar al control de la administración en el desempeño de sus funciones”. (Palacio. 2009).

Desde lo público y en el análisis del origen jurídico del principio de transparencia se debe entender que la “transparencia es la percepción de la población y de la opinión pública de que los actos y decisiones de los funcionarios públicos y principalmente de las autoridades políticas o públicas, se han efectuado tras un exhaustivo análisis de las posibilidades”. (Pertuzé, 2003).

Dentro de la Constitución Política el principio de transparencia tiene un rango de carácter constitucional, es así que dentro de este contexto superior “emerge en relación con otros postulados constitucionales, como el principio de publicidad, el derecho de acceso a la información, el derecho de petición y el derecho al debido proceso”. (Rúa, 2012).

También es importante señalar que dentro de su ámbito de acción, el principio de transparencia es transversal convirtiéndolo en “un elemento cardinal dentro de un Estado social y democrático de derecho y de una administración pública comprometida con el bienestar general”. (Moreno, 2009).

Con el principio de Transparencia se llenan los vacíos de interpretación que ya existían en la aplicación de la ley 80 de 1993, los cuales, eran acomodados en los procesos contractuales negando aspectos que luego se definen en la selección objetiva y en la igualdad de condiciones de la contratación estatal; encontrándose casos importantes en el proceso de contratación como los relativos a “los convenios con organismos multilaterales y los convenios interadministrativos, con entidades que el estatuto denominó estatales, en donde la contratación directa era utilizada como regla general y otros” (Martínez & González, 2014, p. 32); estas situaciones anómalas en los procesos de la contratación pública desvirtuaron completamente el objetivo inicialmente expuesto, especialmente en la contratación por licitación.

Así mismo con el Principio de Transparencia insertado en la Ley 80 de 1993, se le brindó mayores garantías a los procesos de la contratación pública para darle así cumplimiento a los fines esenciales del estado. “Las acciones de los servidores públicos deben encaminarse urgentemente a borrar el concepto negativo que tienen los ciudadanos o puedan tener sobre el manejo de las instituciones del estado”. (Torres. A. E. 2013. pág. 264).

A través de este principio, el administrador público tendrá el deber legal de que “previamente y dentro del proceso de contratación exprese con claridad la forma en que se va a contratar, los requisitos de participación, el objeto concreto y la publicidad del proceso, conforme a las reglas del artículo 24” (Martínez & González, 2014, p. 9).

En este sentido, como investigador se aporta al análisis de aplicación del principio de transparencia, que éste sin duda alguna irradia consecuencias en todo el ámbito del derecho administrativo, ya que en el mismo se presenta la contratación administrativa, el procedimiento administrativo común y disciplinario, y en suma, en toda la actuación de la Administración, lo que hace de la gestión administrativa una actividad dirigida al servicio de la comunidad, la cual se requiere caracterizar por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando

allí la importancia de la transparencia, la cual en suma, supone una garantía para todos los individuos.

## **CAPÍTULO II**

### **EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTRATO DE OBRA**

El contrato de obra consiste en un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación. (Definición concebida en nuestro ordenamiento civil artículos 2053 a 2060).

Ahora bien, el numeral 1 artículo 32 de la ley 80 establece que el Contrato de Obra es aquel que *“celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”* (Parra, William. 1998); en este aspecto, como investigador de este artículo se identifica la existencia de características del contrato de obra relacionadas con la construcción, mantenimiento e instalación sobre bienes inmuebles, entendiendo que estas obras pueden llegar a ser ejecutadas en bienes muebles públicos y privados.

Según Martínez y González (2014f) La Ley 1150 de 2007: “Garantiza la publicidad de la totalidad de los procedimientos contractuales en aplicación al principio de transparencia, con la cual se permite que todas las entidades públicas y aquellos particulares que tienen funciones públicas y los que participan en procesos contractuales”. (p. 50).

Es así que “el principio de legalidad opere para toda actuación de la Administración, por cuanto no existe un ámbito de la misma que se sustraiga al cumplimiento de la ley, ya que se estaría frente a una Administración arbitraria y anárquica”. (Medina, N. 2010. pág. 31).

En ese sentido, Hernández, D. (2011. pág. 78), dice que en “cuanto a la selección de contratistas será objetiva, siendo que la misma ha de tratarse de la escogencia del ofrecimiento obedeciendo a los factores de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, entre otros”.

Así mismo conceptúa la Alcaldía Mayor de Bogotá, manifestando lo siguiente:

“La finalidad esencial de la contratación administrativa, que traduce el supuesto constitucional de realización del interés público, impone, como principio de ineludible observancia: la objetividad de la selección de los contratistas de los entes estatales, que garantice, como lo consagra el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, "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 obtención de dichos fines".

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

(...)

La misma jurisprudencia indica que el principio de selección objetiva prima en un proceso contractual con el objetivo de que en este caso especial la licitación pública seleccione un contratista que cumpla con todo lo indicado en el pliego de condiciones, de ahí que la Corte Constitucional señale que:

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el Artículo 29 de la Ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratista debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección.

La importancia de la Selección Objetiva en la licitación Pública, recae en que todos estos procesos deben estar a la vista de todos, lo cual les brinda garantías suficientes a quienes participan de la licitación. “Los Estados de derecho en democracia suelen contar con mecanismos específicos para que la contratación de funcionarios sea objetiva”. (Torres. A. E. 2013. pág. 251).

En el desarrollo del principio de Transparencia el contrato de Obra que se adjudica a través de un proceso contractual licitatorio se lleva a cabo en “una convocatoria para que en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable; se busca preservar la moralidad, que a través de este procedimiento de selección objetiva se garantice una transparencia e imparcialidad”. (Bohórquez & Camacho Chahín, 2002).

En este mismo sentido también es bueno tener en cuenta que “en el grado de principio ha de tomarse al interior del campo de la Contratación Estatal, como un patrón de actuación permanente por parte del Estado Contratante; en tal medida, es necesario evaluar el campo de acción que sobre este mismo principio ofrece el Estatuto de la Contratación Administrativa. (Hernández, D. 2011. pág. 75).

Como aporte de todo lo antes expuesto, se entiende que se requiere establecer que el contrato de obra se encuentra dentro de los descritos y reglados anteriores, es decir, un contrato de obra, que es asimilado por la ley y la jurisprudencia como un contrato de arrendamiento de obra. Igualmente, se concluye que el contrato es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y de tracto sucesivo.

En el caso, de que si es el contratante quien suministra los materiales principales, y el contratista pone lo demás, esto es, la mano de obra y en caso necesario materiales adicionales, el contrato es un arrendamiento de servicios, y por lo tanto se perfecciona por el acuerdo de las partes en la obra que se encarga y el precio, es decir, que no se puede mirar el perfeccionamiento del contrato ante

el resultado de la obra, sino desde el acuerdo de las voluntades. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil del 6 de mayo de 1969, LXXIX 2150, 459).

Ahora bien, como investigador se considera que, el precio sólo es debido al contratista cuando éste ha cumplido con su obligación, esto es, cuando la obra ha quedado realizada. Así pues, el precio se paga “valoración”, como consecuencia de la esencia del arrendamiento de obra, ya que es necesario un determinado tiempo para que la obra sea ejecutada, a cuyo término podrá producirse la entrega recíproca de la obra y del precio. Económicamente, esto supone que el contratista corre el riesgo de la anticipación de su prestación, lo cual se compensa en la práctica por medio de los pagos a cuenta del precio total.

### **CAPITULO III**

#### **DEBILIDADES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

“La contratación pública resulta sumamente atractiva para cometer actos corruptos, esto, producto de las altas cantidades de dinero destinadas para ello, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad”. (Scheller A. & Silva, Sh. 2017. pág. 2).

En el presente artículo, se han identificado varios espacios contractuales donde se pueden presentar vicios de corrupción que implicaría opacar el proceso contractual; si bien por norma general la licitación, el concurso de méritos, la selección abreviada, y la contratación directa, son los mecanismos adecuados para adjudicar contratos a través de procesos de contratación estatal es a través de las excepciones a esta donde se pueden presentar los mayores casos de corrupción o manipulación de los funcionarios encargados de los procesos, “Los delitos de cuello blanco poseen la característica de ser cometidos por individuos que gozan de reconocimiento, bien sea político, social o económico; la mayoría de ellos son líderes de las comunidades a las que absorben con sus conductas delictivas”. (Scheller A. & Silva, Sh. 2017. pág. 12).



Entre estos casos se encuentran mayores signos de debilidad de los procesos contractuales hacen relación con los siguientes contratos:

- a) En los contratos de Menor cuantía.
- b) En los de Urgencia manifiesta
- c) En los de Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.
- c) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación y,
- d) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

Si bien en estos procesos contractuales se deben seguir las mismas formalidades que se siguen para la licitación y el concurso de méritos, acá se distinguen en que se puede concretar la contratación a través de la figura de la Contratación Directa, en la cual, el elemento subjetivo del funcionario podría imperar.

Es así que a través de estas modalidades de contratación es donde se encuentran algunas deficiencias que podrían vulnerar el Principio de Transparencia, lo cual junto con las primeras decisiones que se toman en la Planificación del proceso de contratación se pueden identificar algunas debilidades que más adelante se analizaran, de tal manera que surgen entonces dos elementos más que podrían oscurecer el proceso contractual, debido más que todo a los vacíos que deja la normatividad, en relación a los inicios primigenios de la contratación fundamentados en las necesidades, que van apareciendo en la medida que las actividades administrativas se desarrollan, se pueden identificar dos espacios más de la actividad administrativa que están por fuera del control social de las comunidades y de los entes de control, esto es:

1. Lo referente a los primeros análisis que realiza el funcionario para determinar, cuales son las prioridades de las comunidades, que muchas veces tienen

relación con el programa de gobierno, pero no con las necesidades reales de la población objetivo.

2. Otro espacio tiene que ver con la elaboración del plan de compras de bienes y servicios y en la planificación de las inversiones.

El control social a que se somete la actividad administrativa del estado tiene un significado profundo y un sentido de sometimiento a los principios de Publicidad y Transparencia, dando a entender un mensaje positivo sobre el interés que tienen las entidades públicas en la lucha contra la corrupción, “La transparencia se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar”. (Zak, s.f).

Espacios estos donde el funcionario puede anteponer sus intereses personales para manipular y dirigir la contratación hacia los contratistas de su preferencia.

La Guía, Colombia Compra Eficiente señala que el Proceso de Contratación de Obra Pública se puede adelantar “cuando los estudios técnicos permiten concluir que la obra es viable. En obras públicas de infraestructura de transporte, el Proceso de Contratación puede iniciar antes cuando el Proceso de Contratación incluye la elaboración de estudios y diseños”.

Se tiene entonces que dentro de los procesos de Contratación de Obra Pública está contemplada la Planeación, es así que las Entidades Estatales están obligadas a identificar las necesidades e incluirlas asimismo en el Plan Anual de Adquisiciones.

De igual manera deben realizar los estudios técnicos necesarios para definir la viabilidad de los proyectos que correspondan a “(i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial”. (Guía, Colombia Compra Eficiente). “En la actividad administrativa específicamente en materia contractual, la mayoría

de las decisiones de los funcionarios suelen estar marcadas por la imprevisión”. (Torres. A. E. 2013. pág. 253)

La “Ley 1150 de 2007 desaparece la necesidad de realizar los procesos tan dispendiosos como la licitación pública permitiendo otras modalidades de contratación de conformidad con la naturaleza del bien o servicio a contratar” (Palacio, 2009); aunque la reforma realizada fue para agilizar la contratación pública y ser más eficientes en la solución de los problemas y contingencias que se presenten, estas modalidades de contratación pueden servir como espacios para desviar los recursos del estado.

En el tema que se estudia y que tiene relación con el Principio de Transparencia se encuentran algunos aspectos importantes que vale la pena resaltar, teniendo en cuenta que dentro de las actividades del administrador o funcionario público no se establecen las responsabilidades de comunicar o publicar todos los procesos precontractuales con el fin de alcanzar o de optimizar los diferentes fines del Estado, especialmente en el proceso de planeación de la contratación en la cual, los gobernados o interesados en contratar con el Estado no tienen acceso con facilidad a la información, lo que se analizara más adelante. Chile ha avanzado en este sentido, “Desde lo normativo, estas leyes manifestaban la obligación de los órganos de la administración del Estado de ejercer con transparencia los actos, procesos y decisiones que le atañeran así como promocionar en forma amplia el conocimiento de los mismos”. (Bustos & Morales. 2014. pág. 44).

En la legislación española se encuentra una norma para la contratación estatal que puede asimilarse a las modalidades del estatuto de contratación estatal y que hacen referencia a la contratación directa, especialmente aquellas que son contratadas mediante la figura de la urgencia manifiesta descrita en el artículo 42 de la ley 80 de 1993, normatividad que podría considerarse como de aspecto oscuro que evade de algún modo el principio de la transparencia y de la selección objetiva

del contratista, prestándose en algunos momentos de las actividades contractuales del estado para actos turbios de corrupción.

Conde. (2014), señala este tipo de contratación como puntos oscuros del proceso contractual español, y señala lo siguiente:

#### **4.4 Puntos oscuros: el procedimiento negociado sin publicidad**

El procedimiento negociado está regulado en el Texto Refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público en el artículo 169:

“1. En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

2. El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1”.

Es de resaltar lo señalado por Conde. (2014), cuando describe en el punto que trata sobre los contratos de obras, que esos pueden darse sin los formalismos regidos bajo el principio de Transparencia en tres momentos, cuando a) Tras haberse seguido el procedimiento adecuado para la contratación se haya declarado desierto sin la participación de ningún oferente, b) cuando por razones técnicas o artísticas el contrato deba adjudicarse a un contratista determinado que tenga unas características específicas y c) Por urgencia manifiesta.

En la legislación colombiana se encuentra la figura de la Contratación directa cuando se dan las causales de la urgencia manifiesta, aspecto este que puede dar origen a contratos amañados y adjudicados a personas o contratistas a los cuales se benefician por su cercanía o amistad con el funcionario público; es un riesgo que indudablemente se corre en este tipo de contratación especialmente aquellos contratos del sector defensa, los cuales por su características económicas y

financieras son susceptibles de un interés supremos de grupos y sectores en especial.

Los elementos que inciden en los actos de corrupción, por lo general se dan en la etapa precontractual, donde el funcionario público responsable tiene la oportunidad de interactuar con el posible oferente y orientar las condiciones del pliego de tal forma que beneficie a un contratista en particular; el cual debe cumplir con algunos requisitos específicos que solo ese oferente puede cumplir.

Estos vacíos jurídicos propios de la etapa precontractual son los momentos negativos de los procesos contractuales de la administración pública que todavía aun en este momento pueden ser focos de corrupción, los cuales junto con la contratación directa de que ya se mencionó en los caso de urgencia manifiesta son susceptibles de direccionamiento impidiendo así una mayor transparencia y selección objetiva del contratista.

De no cumplirse con los requisitos legales “cuando se celebra un contrato administrativo ha de considerarse ajustado a la legalidad y en esa medida puede surtir los efectos jurídicos previstos para el mismo; porque de presentarse ilegalidad, se está frente a una causal de nulidad del acto contrato”. (Medina, N. 2010. pág. 31).

De todo lo antes descrito, se dilucidan debilidades importantes del principio de transparencia, estas son:

1. Se considera una debilidad del principio de transparencia el Riesgo administrativo, ya que la administración cambia de manera unilateral el alcance del contrato, mediante actos no contractuales (*factum principis*), o concretarse en actos contractuales (*potestad variandi*).
2. Se considera debilidad el empresario que no asuma un riesgo comercial, es decir, los propios del negocio que maneja el contratista (errores de cálculo, destrucciones de obras, mayor dificultad de ejecución que la prevista).
3. Debilidad en el riesgo económico coyuntural o comercial externo, es decir, este riesgo hace que sea más oneroso la realización de la obra (aumento de los precios de materiales, de los jornales de los trabajadores).

4. En Planeación del Gasto Público: 26.67%, se encuentra la debilidad de la falta de reglamentación de la actividad del trabajo parlamentario para la inclusión o exclusión de proyectos en planes, programas y presupuestos, representa un riesgo y es un factor que posibilita la ocurrencia de corrupción en los procesos de contratación pública.

5. Dentro del Mecanismos de Selección Objetiva: 25%, la debilidad del Estatuto de Contratación colombiano con respecto a los mecanismos de selección objetiva está asociada a la falta de regulación sobre la calidad del personal encargado de realizar la evaluación de las ofertas.

6.- En la Ejecución y Cumplimiento del Contrato: 21.43%, la única debilidad del estatuto frente a este tema es que no se consagra la obligación de contar con modelos de garantías de cumplimiento.

7. En el Control de la Actividad Contractual: 30.23%, las principales debilidades identificadas en el Estatuto de contratación se relacionan con la falta de obligatoriedad de someter las decisiones en materia de contratación a controles internos y externos, y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades expresas para la elaboración de los términos de referencia. Si bien en la Ley 80 de 1993 no se encuentran todas las disposiciones sobre el control de la actividad contractual necesarias para reducir la corrupción, es importante mencionar algunos avances que se han presentado frente a este tema. Por un lado, el desarrollo de herramientas como el SICE (Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal) que permiten avanzar en el monitoreo al desarrollo de la contratación estatal en Colombia y, por otro, la existencia de mecanismos legales para la vigilancia por parte de la sociedad civil de los procesos de contratación.

De lo antes mencionado, como investigador se plantea la interrogante de que si el contratista debe soportar la mayor onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de sus obligaciones producida por alguno de estos riesgos. Sin embargo, la respuesta más inmediata es que tratándose de un contrato de obra el contratista debe correr con esa sobrecarga. Sin embargo, por tratarse de un contrato sinalagmático en donde nacen obligaciones para las dos partes, la conmutatividad

de las obligaciones hace que la equidad que debe regir los contratos, aplique el sagrado principio del equilibrio económico del contrato, ergo, se deben analizar uno por uno los casos para precisar que el dueño de la obra no se enriquezca de manera injusta, a costa del contratista.

## **CAPÍTULO IV**

### **FORTALEZAS DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

Por regla general el proceso contractual estatal se rige por el Principio de Transparencia, que se encuentra en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En Chile, “la información considerada como pública, será aquella originada a partir de la utilización de los recursos públicos así como toda información que obre de poder de los órganos de la Administración, cualquiera que sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”. (Bustos & Morales. 2014. pág. 44).

En los siguientes casos es donde se encuentran las mayores fortalezas de este principio:

1. En todos los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. Esto le garantiza la seguridad jurídica a los participantes.
2. La obligatoriedad de que todos los actos hechos por las autoridades deben ser públicos y los expedientes que contengan la documentación de cada proceso contractual debe ser público, de fácil acceso, dando paso entonces a que, por ejemplo, permitiría en las licitaciones ejercer el derecho consagrado el artículo 243 constitucional.

En Chile, “la negación injustificada de información, la entrega no oportuna y el incumplimiento de las normas de transparencia activa serán sancionadas con una multa que va del 20 al 50 % de la remuneración del infractor”. (Bustos & Morales. 2014. pág. 47).

3. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.
4. En los pliegos de condiciones se establecen los parámetros legales bajo los cuales se procederá en igualdad de condiciones en la puja por obtener el contrato bajo la óptica de la mejor oferta.

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

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

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

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

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

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

5. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
6. Los procedimientos contractuales deberán contener la obligación legal de definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y



eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso. “Todo servidor público está al servicio del Estado de la comunidad y debe ejercer funciones en las formas previstas en las formas previstas por la Constitución, la ley o reglamento estando su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva determinadas por la ley. (Torres. A. E. 2013. pág. 263).

7. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
8. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
9. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
10. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.
11. Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.
12. 4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

La importancia de la Selección Objetiva en la licitación Pública, recae en que todos estos procesos deben estar a la vista de todos, lo cual les brinda garantías suficientes a quienes participan de la licitación.

En el desarrollo del principio de Transparencia el contrato de Obra que se adjudica a través de un proceso contractual licitatorio se lleva a cabo en “una convocatoria para que en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable; se busca preservar la moralidad,

que a través de este procedimiento de selección objetiva se garantice una transparencia e imparcialidad”. (Bohórquez & Camacho Chahín, 2002). En este mismo sentido también es bueno tener en cuenta que “en el grado de principio ha de tomarse al interior del campo de la Contratación Estatal, como un patrón de actuación permanente por parte del Estado Contratante; en tal medida, es necesario evaluar el campo de acción que sobre este mismo principio ofrece el Estatuto de la Contratación Administrativa. (Hernández, D. 2011).

Así mismo dentro de sus objetivos se encuentran la responsabilidad que tienen los funcionarios de generar “confianza, seguridad y franqueza entre el Gobierno y la sociedad, de tal forma que los ciudadanos estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público, en un marco de abierta participación social”. (Gobierno de Nuevo León)

En virtud del principio de transparencia la Ley 1150 de 2007, “es la fuente que tomo el legislador para redactar la normativa contractual, y que es explícitamente positivo porque fue promulgado y dotado de coercibilidad por la autoridad” Jiménez, (2008, p. 9).

La ley 1150 de 2001 logro introducir algunas modificaciones para garantizar la eficiencia y transparencia en los procesos contractuales, y “además de dicha finalidad, la Ley 1150 de 2007 quiso ser un estatuto más ajustado al nuevo entorno económico y de desarrollo tecnológico” (Roncancio & Gil, 2012). Con esto se garantiza que en los sistemas de selección de contratistas, las actuaciones sean conocidas y verificables por los organismos interesados. “Un cambio importante que implicó la transparencia en Chile, fue la incorporación de las tecnologías de información así como un conjunto de elementos mínimos sobre el quehacer público a libre disposición de las personas físicas o jurídicas”. (Bustos & Morales. 2014, pág. 46).

El principio de transparencia se desarrolla de manera transversal en toda la etapa precontractual, teniendo en cuenta que en esta etapa se hace necesario que todos los actores tengan claridad de los requisitos solicitados en los procesos de

selección, controvirtiendo los requisitos, con la obligación de las entidades responder oportunamente haciendo los ajustes a los pliegos.

En este tema Hernández, D. (2011. pág. 75), expresa que, en este mismo “sentido de que toda la información generada o en posesión de las entidades gubernamentales y especialmente cuando se utilicen recursos, se ejerzan funciones o sean del interés público han de sustentarse en los derechos de libre expresión y a la información”.

La transparencia que se predica en la ley 80 de 1993, está en cabeza de los proponentes quienes al realizar seguimiento a los procesos contractuales de su interés y cumplir con todos los términos establecidos claramente en los pliegos pueden ejercer un control social evitando una desviación de poder. En la legislación chilena, la “Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, queda mucho por hacer. En el caso de los niveles más altos de gobierno el cumplimiento de la TA parece haber avanzado sustancialmente, llegando casi al 100 % de los aspectos mínimos que deben ser informados a la ciudadanía”. (Bustos & Morales. 2014. pág. 58).

Esta transparencia que se desarrolla a través de la publicación de los actos contractuales permite generar confianza en la opinión pública legitimando el proceso de la contratación, esta articulación permite que los interesados en los procesos contractuales además de tener la “capacidad de ejecutar la actividad a contratar haga su oferta, sino para ayudar al control de la administración en el desempeño de sus funciones”. (Palacio. 2009f).

El principio de transparencia desarrollado también a través del principio de la Selección Objetiva, permite que las entidades del estado puedan escoger la oferta más favorable de acuerdo a los pliegos de condiciones teniendo en cuenta que los factores técnicos y económicos y la “ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”. (Palacio, 2007, p. 9).

Este principio de la Selección Objetiva brinda las garantías suficientes a los interesados en participar en los diferentes procesos contractuales pertinentes brindando la libertad de concurrencia a todos aquellos que estén en capacidad de participar y cumplan con todos los requisitos legales dentro del proceso. En esta articulación del Principio de Selección objetiva con el de transparencia, se observa que la selección objetiva está directamente influenciada por el principio de transparencia y conduce a los funcionarios de la administración responsables del procedimiento a escoger de manera imparcial, pública y en igualdad de condiciones y de oportunidades, fortaleciendo los procesos administrativos y legitimado al estado como tal. El principio de transparencia es de “naturaleza constitucional en virtud de que se articula con principios como el de publicidad y derechos como el acceso a la información, además de su manifestación como canon rector en el ejercicio de la administración pública”. (Rodríguez, 2012).

Se consideran igualmente fortalezas aquellas donde:

1.- Planeación del Gasto Público: 26.67%, en el ejercicio fue posible identificar como fortalezas que en el país las entidades públicas están obligadas a realizar la programación anual de la contratación pública y que existen mecanismos legales que contemplan la participación de la sociedad civil en la formulación y priorización de los planes y programas.

2. Dentro del Mecanismos de Selección Objetiva: 25%, El riesgo detectado en este componente fue relativamente bajo y se pudieron detectar varias fortalezas de la ley en esta materia.

3. Ejecución y Cumplimiento del Contrato: 21.43%, De los cinco componentes de los Indicadores Institucionales, el menor porcentaje de riesgo encontrado fue en Ejecución y Cumplimiento del Contrato, es decir, es en este tema en donde más cerca está el régimen de contratación pública de Colombia del “sistema ideal” de contratación.

4. Control de la Actividad Contractual: 30.23%, es en este componente en donde se presenta más distancia entre el sistema de contratación pública existente

en Colombia y un sistema ideal de contratación, lo que se traduce en un porcentaje de riesgo más elevado.

## **CONCLUSIONES.**

Uno de los argumentos que evidencian la necesidad de fortalecer el proceso contractual y realizarlos plenamente bajo el principio de Transparencia es especialmente en el Contrato de Obra, teniendo en cuenta el fenómeno de la corrupción, el cual no solo le hace daño al funcionario, sino como también al contratista en la medida que ambos sean sorprendidos en la comisión de los hechos punibles o denunciados por terceros interesados en la buena gestión administrativa; pero también se genera un daño económico a la entidad territorial y/o descentralizada, ante el detrimento patrimonial que estos actos de corrupción ocasionan al patrimonio público y así mismo se ocasiona un daño irremediable a la sociedad o comunidad que se ve afectada directamente por la no ejecución de las obras.

El principio de Transparencia, se convierte entonces en una herramienta, no solo de todos los interesados en participar en un proceso contractual en el estado, sino que también es una herramienta eficaz para el control social que puede ser ejercido por la comunidad en general. En este sentido, es un factor positivo para poder llegar a tener el pleno goce de los derechos establecidos en nuestra normatividad y que apuntan a ser beneficiario de la prosperidad general, lo cual es en últimas, lo que se pretende con el resultado final de la gestión estatal; “En el ejercicio de sus funciones contractuales, los funcionarios públicos deben acatar unos parámetros de comportamiento no solo consigo mismo, con la comunidad, la institución a la que presta sus servicios y por lo tanto al Estado”. (Torres, A. E. 2014. pág. 81).

El Principio de Transparencia se convierte así, en la mejor estrategia que tiene la sociedad, para garantizar la seguridad jurídica en todos los procesos contractuales que se realicen con el estado llevándose todos, de acuerdo a las

normas ya en el estatuto de contratación pública y que solo buscaran el bienestar y la prosperidad general, en igualdad de condiciones y oportunidades.

Se pueden identificar entonces los siguientes aspectos relevantes en esta última reforma dada por la Ley 1150 de 2007:

1. El fortalecimiento de la aplicación y desarrollo del Principio de Transparencia en todos los contratos especialmente en el contrato de obra.
2. La implementación de unas reglas claras en todo el proceso contractual bajo unos requisitos mínimos establecidos en el pliego de condiciones.
3. Un gran avance, en cuanto a los procesos contractuales con el SECOP II, mediante el cual se podría llevar a cabo todo el proceso contractual de manera transparente en la plataforma electrónica a la vista de todos los participantes.

Dentro de las recomendaciones que se podría aportar en el presente artículo se tiene la necesidad los procesos precontractuales, donde exista un mayor control social de la gestión pública que las comunidades tengan la oportunidad de participar en la planificación directa de la inversión de los dineros públicos, creando espacios a partir de los Consejos Municipales de Política Social, los Consejos Municipales de Gestión del Riesgo y a los Consejos Municipales de Planeación, facultándolos con el poder de tomar decisiones en la planificación e inversión de los dineros públicos.

### **BIBLIOGRAFIA.**

- 1) Arenas Manrique, L.M., Charum Guzmán, C. & Jaramillo Mejía, A. (2002). *Análisis y recopilación de extractos de la jurisprudencia arbitral en contratación estatal a partir de la vigencia de la ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- 2) Ballesteros Serpa, C.A. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado*. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario
- 3) Castro Cuenca, C.G., García López, L.F. & Martínez Vargas, J.R. (2010). *La contratación estatal: teoría general Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá D.C. Casa Editorial Universidad del Rosario Colección textos de Jurisprudencia. Página. 68
- 4) Castro Jiménez. E.P. (2016). *Importancia de los principios de la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14822/1/castroJimenezErikaPatricia2016.pdf>.
- 5) Álvaro Conde Torcal, *El Principio de Transparencia en la Contratación Pública*, Facultad de Derecho - E1 Internacional, Madrid Abril 2014
- 6) Dávila Vinuesa, L.G. (2001). *Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. (1ª ed). Bogotá DC.: Legis.

- 7) Effio-Ordoñez, A.O., & Pajuelo Orbegoso. A. (2015). Capítulo 2 del módulo 1. *Principios rectores de la contratación pública*. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/MOD%201%20CAP%202.pdf>.
- 8) Jiménez Rueda. M.A. (2008). *Principio de transparencia, base de la contratación estatal colombiana*. Chía-Colombia. Universidad de La Sabana.
- 9) Jinesta. E. (s.f.). *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones públicas*. Costa Rica. Sala Constitucional. Recuperado de [http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES%20DE%20EFICIENCIA,%20EFICACIA%20Y%20RENDICI%C3%93N%20DE%20CUENTAS%20DE%20LAS%20ADMINISTRACIONES%20P%C3%9ABLICAS.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES%20DE%20EFICIENCIA,%20EFICACIA%20Y%20RENDICI%C3%93N%20DE%20CUENTAS%20DE%20LAS%20ADMINISTRACIONES%20P%C3%9ABLICAS.PDF)
- 10) Martínez Herrera, D. & González Salguero, E. (2014). *El Principio de Transparencia en la contratación estatal*. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada.
- 11) Palacio Hincapié, J.A. (2009). La contratación administrativa en Colombia. Recuperado de <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro185/lib185-5.pdf>.
- 12) PERTUZÉ FARIÑA, Cristián (2003). “Nuevos tiempos para la gestión pública: potenciando la transparencia”. En: Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, No.1. pp. 19-27.
- 13) RÚA DELGADO, Carlos Felipe (2012). *Caracterización del principio de transparencia en el Estado social de derecho. Ponencia presentada en el XII Encuentro Nacional Red De Grupos, Centros y Semilleros de Investigación Jurídica y Sociojurídica*, Santa Marta, octubre de 2012.
- 14) GOBIERNO DE NUEVO LEÓN. (S/A). *Qué es transparencia*. Recuperado de: [http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia\\_acerca](http://www.nl.gob.mx/?P=transparencia_acerca)



- 15) MORENO ORTIZ, Luis Javier (2009). *El principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública*. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, No. 19. pp. 15 – 54. ISSN 1909-3977.
- 16) Parra. William, *Los Contratos Estatales*, Ed. Librería del Profesional, 3 ed., Bogotá, 1998.
- 17) Roncancio Bohórquez W.R. & Gil Sosa, L.Y. (2012). *¿Es la reforma de la ley 1150 de 2007 un cuerpo normativo que desarrolla en forma completa y simultánea los principios de eficiencia y transparencia?*. Revista Iter Ad Veritatem, 7, 27-44.
- 18) Rodríguez, L.G. (2012). *El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad San Buenaventura. Bogotá. Revista Ciencias Humanas, 9(1), 113-126.,
- 19) Rico, Luis. Ed. Leyer, *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Novena edición, 2015, Bogotá.
- 20) Guía Colombia Compra Eficiente. Recuperado de: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>
- 21) Zak, P. (s.f). *El principio de transparencia en la administración pública*. Recuperado de: <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>

## **TESIS.**

- 22) Bohórquez Zapata L. A. & Camacho Chahín M. A. *El Contrato de Concesión*. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Público. Bogotá D.C. 2002. Tesis de Grado. Recuperado de: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS17.pdf>
- 23) Cuellar Duran A. M. & Luna Halaby J. R.. *El Contrato de Concesión de Obra Pública en la Legislación Colombiana: Desnaturalización Hacia el Contrato de Obra Pública o Existencia Real*. Universidad Libre de Colombia Instituto de

Postgrados. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá, D.C. 2011.  
Recuperado de:  
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/5698/CuellarDuranAngelaMaria2011.pdf?sequence=1>

## REVISTAS.

- 24)Hernández, D. (2011). "Principio de la transparencia y su aplicación al contrato de obra pública en Colombia". Revista In Vestigium Ire. Vol 4, pp. 73-80  
Recuperado de:<https://www.google.com.co/search?q=Hern%C3%A1ndez%2C+D.+%282011%29.+%E2%80%9CPincipio+de+la+transparencia+y+su+aplicaci%C3%B3n+al+contrato+de+obra+p%C3%BAblica+en+Colombia%E2%80%9D.+Revista+In+Vestigium+Ire.+Vol+4%2C+pp.+73-80&oq=Hern%C3%A1ndez%2C+D.+%282011%29.+%E2%80%9CPincipio+de+la+transparencia+y+su+aplicaci%C3%B3n+al+contrato+de+obra+p%C3%BAblica+en+Colombia%E2%80%9D.+Revista+In+Vestigium+Ire.+Vol+4%2C+pp.+73-80&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- 25)Bustos M. & Morales M. (2014). *Una mirada a la ley de transparencia en Chile: aspectos que condicionan su logro en lo municipal*. Vlel / Vol. 9, N.º 2 / julio-diciembre / Bogotá, D. C. / Universidad Santo Tomás / pp. 41-59. Recuperado de: <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2434>
- 26)Medina, N. (2010). El Contrato como Acto Administrativo: Una nueva Teoría que Determina su Control de Legalidad. Revista Principia Iuris No.14, 2010-2.  
Recuperado de:  
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/viewFile/402/551>
- 27)Scheller D`Angelo, A. & Silva, Sh. (2017). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. Revista Via

Iuris, (Nº 23). Pp. Recuperado de:  
<https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/Vialuris/article/view/823/787>

- 28) Torres, A. E. (2013). *Responsabilidad de los Funcionarios en la Contratación Estatal en Colombia*. Revista Principia Iuris Nº 20, II.  
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/viewFile/812/790>
- 29) Torres, A. E. (2014). Límites al ejercicio de las funciones públicas en materia  
a) contractual. Revista Vía Iuris, 2014 (Nº16), pp. 71-82. Recuperado de:  
<http://www.redalyc.org/pdf/2739/273933373005.pdf>

### **NORMATIVIDAD.**

- 30) Decreto 4170 de 2011. (Noviembre 3). *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura*. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. Diario Oficial 48242 de noviembre 3 de 2011.
- 31) Decreto 1082 de 2015. (Mayo 26). *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. Bogotá D.C. Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de  
<https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx#subseccion1>
- 32) Ley 80 de 1993 (Octubre, 28). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá. Congreso de Colombia. Diario Oficial 41.094 de 28 de octubre de 1993
- 33) Ley 1150 de 2007 (Julio 16). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. Diario Oficial 46.691 del 16 de julio de 2007.
- 34) Ley 1712 de 2014. (Marzo 6). *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.* Bogotá D.C. Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 49.084 de 6 de marzo de 2014.

### **JURISPRUDENCIA.**

- 35) Consejo de Estado. (2016, Enero 27). Sentencia radicado número 760012331000200502371 00 (49.847), Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, C.E.S.I. Centro de estudios para los sistemas de información. Recuperado de [www.occp.co/sites/all/files/Sentencia-del-27-de-enero-de-2016.doc](http://www.occp.co/sites/all/files/Sentencia-del-27-de-enero-de-2016.doc)
- 36) Corte Constitucional de Colombia. (2012, Septiembre, 12). Sentencia C-711/12. Referencia: expediente D-8971. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.