



**EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES
PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

AUTOR

SERGIO LEONARDO MARÍN MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

ARAUCA, COLOMBIA

2018

**EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES
PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

AUTOR

SERGIO LEONARDO MARÍN MARTÍNEZ

DIRECTOR

LEONARDO ÁLVAREZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

ARAUCA-COLOMBIA

2018

Contenido

Reconocimientos.....	8
Resumen.....	9
Abstract.....	10
Key words	11
Introducción	12
Primer Artículo	17
EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA	17
La Administración Pública en Colombia para efectos de la contratación	17
1. Capacidad contractual de las entidades estatales en Colombia	18
2. El principio de la buena fe: generalidades y desarrollo jurisprudencial	23
2.1. Conceptualización del principio de la buena fe: ¿objetiva o subjetiva	26
2.1.1. Origen.....	26
2.1.2. Buena fe subjetiva y objetiva en el derecho moderno.....	28
2.1.3. Desarrollo doctrinal del principio de la buena fe.....	31
2.1.3.1. El principio de buena fe en Europa	31
2.1.3.2. El principio de la buena fe en el Common Law.....	32
2.1.3.3. El principio de la buena fe en América latina	35
2.1.3.4. El principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano	38
2.2. Desarrollo jurisprudencial del principio de la buena fe	41
2.3. Delimitación y actividades en la etapa precontractual de la administración pública en Colombia.....	45
2.3.1. Delimitación: Etapas de la contratación pública en Colombia	46
2.3.2. Fundamento normativo en la etapa pre contractual.....	47
2.3.3. Actividades de la etapa pre contractual.....	53
2.3.3.1. Sub etapa de planeación.	53

2.3.3.1.1. <i>Elaboración del plan de compras</i>	56
2.3.3.1.2. <i>Desarrollo de los estudios previos</i>	56
2.3.3.2. Sub etapa de selección del contratista	60
2.3.3.2.1. <i>Selección en licitación pública.</i>	60
2.3.3.2.2. <i>Selección abreviada</i>	64
2.3.3.2.3. <i>Concurso de méritos</i>	66
2.3.3.2.4. <i>Contratación directa</i>	67
2.3.3.2.5. <i>Mínima cuantía.</i>	68
El principio de la buena fe en las actuaciones precontractuales.	70
1. Definición de buena fe en materia contractual	70
2. La buena fe contractual en la jurisprudencia colombiana	75
3. Alcances del principio de la buena fe.....	78
4. Reglas derivadas de la buena fe en materia precontractual.....	80
Conclusiones del primer artículo	84
Segundo artículo	87
PRESERVACIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRE CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	87
1. La buena fe del contratista en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública	88
1.1. Competencia y capacidad para celebrar contratos.....	88
1.1.1. Competencia en sólo uno de los miembros del consorcio o unión temporal.....	89
1.1.2. Capacidad del representante legal limitado para comprometer a una sociedad	89
1.1.3. Capacidad residual	90
1.1.4. Capacidad de las entidades públicas sin personería jurídica.....	90
1.2. Inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos.....	91
1.2.1. El carácter taxativo y restrictivo	92
1.2.2. Propósito y consecuencias	93

1.2.3.	Excepción al régimen.....	94
1.2.4.	Miembros de un consorcio o de una unión temporal.....	95
1.2.5.	Inhabilidades que no requieren declaración judicial.....	96
1.2.7.	Inhabilidades permanentes	97
1.2.8.	En el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pueden estar las expresiones compañero o compañera permanente	98
2.	La buena fe del contratista: aspectos doctrinales.	99
2.1.	El principio de legalidad frente a los actos propios en la contratación estatal.....	99
2.2.	La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública.....	102
3.	Controles legales para la preservación de la buena fe en las actuaciones pre contractuales de la Administración Pública	104
3.1.	Contraloría General de la República.....	105
3.2.	Procuraduría General de la Nación (PGN)	106
3.3.	La Fiscalía General de la Nación	107
3.4.	Congreso de la República	109
3.5.	Ministerio de Hacienda y Crédito Público.....	110
3.6.	La Contaduría General de la Nación	111
3.7.	El Departamento Administrativo de la Función Pública	112
3.8.	La Comisión Nacional del Servicio Civil.....	113
4.	Controles a la actividad pre contractual de la Administración Pública en Colombia	113
4.1.	Acatamiento al Principio de planeación.....	114
4.2.	Controles generales en las actividades pre contractuales.....	116
4.3.	Controles específicos según modalidad de selección	124
4.3.1.	En la Licitación Pública.....	124
4.3.2.	En la modalidad de selección de mínima cuantía.....	126
4.3.3.	En la modalidad de selección abreviada	127
4.3.4.	En la modalidad de concurso de méritos.	128

4.3.5. En la modalidad de contratación directa	129
MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	130
1. Objetivo general del manual de buenas prácticas	131
2. Objetivos específicos del Manual de buenas prácticas	132
3. Valores institucionales	133
3.1. Bien Común.	133
3.2. Responsabilidad.	133
3.3. Eficiencia.....	133
3.4. Respeto.....	134
3.5. Trabajo en Equipo	134
3.6. Sujeción a la normatividad y jurisprudencia vigente.	134
3.7. Tolerancia	135
4. Principios de conducta que deben gobernar las actuaciones administrativas precontractuales	135
5. Compromisos	136
6. Recomendaciones de buenas prácticas para preservar la buena fe en la en las actuaciones precontractuales de la administración pública	138
6.1. Estricta aplicación del principio de planeación.....	139
6.2. Previsión de los riesgos inherentes al contrato	141
6.2.1. Riesgos previsibles.....	141
6.2.2. Clases de riesgos previsibles.....	142
6.2.2.1. Riesgos Económicos	142
6.2.2.2. Riesgos Sociales o Políticos.....	143
6.2.2.3. Riesgos Operacionales	144
6.2.2.4. Riesgos Financieros.....	146
6.2.2.5. Riesgos Regulatorios	146

6.2.2.6.	Riesgos de la Naturaleza.....	147
6.2.2.7.	Riesgos Ambientales	148
6.2.2.8.	Riesgos Tecnológicos.....	150
Conclusiones del segundo artículo.....		150
Referencias bibliográficas		154

Reconocimientos

La gratitud es una de las más elevadas virtudes del ser humano, en tanto permite no sólo visibilizar el principio de colaboración que mantiene la supervivencia de la especie, sino que además constituye un testimonio de humildad por el servicio prestado por los demás en la realización de un trabajo como el presente.

En consonancia con ello le expreso mis sinceros agradecimientos a la Universidad Santo Tomás y, en especial, a mi tutor, el Dr. Leonardo Álvarez por sus permanentes orientaciones y correcciones a los capítulos entregados y especialmente a las sugerencias en la entrega del documento final, sin las cuales no hubiera sido posible terminar con éxito esta tesis.

Resumen

El presente trabajo examina, como lo indica su título: “El deber de protección de la buena fe en las actuaciones precontractuales de la administración pública”, lo cual se hace en dos artículos concatenados. El primer artículo, dedicado a precisar cuáles son las actuaciones precontractuales de la administración pública en Colombia, se despliega en dos ejes conceptuales: en el primero, se presentan las autoridades que constituyen la Administración Pública en Colombia para efectos contractuales; y en el segundo, desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial, se desarrolla el principio de la buena fe que debe observarse en las actuaciones precontractuales, tanto de los particulares como de los agentes oficiales encargados de la contratación pública en Colombia.

El segundo artículo diserta sobre la preservación de la buena fe en las actuaciones precontractuales de la administración pública, subdividido, de una parte: en el tema de los controles legales para la preservación de la buena fe en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública; y de otra, en la presentación de un Manual de Buenas Prácticas, que se sugiere aplicar por los intervinientes en los procesos precontractuales, en aras de depurar esta importante etapa de la contratación administrativa.

Abstract

This paper examines, as its title suggests: "The duty of protection of good faith in the pre-contractual actions of public administration", which is made in two multi-part articles. The first article, what are the pre-contractual actions of the public administration in Colombia, unfolds in two chapters: the first presents authorities that constitute the public administration in Colombia for the purposes contractual; and the second, from the doctrinal and jurisprudential perspectives, develops the principle of goodfaith that should be observed in the pre-contractual performances, both private and official enforcement of public procurement in Colombia.

The second article discusses the preservation of good faith in contractual pre actions of the public administration, divided, on the one hand: on the issue of legal controls for the preservation of good faith in the pre contractual proceedings of public administration; and another, in the presentation of a Manual of good practices, which is suggested to apply for those participating in pre-contractual processes, in order to debug this important stage of the administrative contracting.

Palabras claves

Deber de protección de la buena fe, actuaciones precontractuales, administración pública, controles legales, Manual de Buenas Prácticas.

Key words

Duty of protection of good faith, take actions, public administration, legal controls, Manual of good practices.

Introducción

El artículo 2 de la Constitución Política Colombiana establece, entre otros, como fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; a su vez el artículo 83 de la Carta prevé que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. Estos dos postulados constitucionales constituyen el marco superior para examinar la actividad pre contractual de la administración pública colombiana, con base en lo siguiente:

El servicio que el Estado debe procurar a la comunidad se diversifica en multiplicidad de ramas, objetos y prestaciones de diverso orden, para lo cual no cuenta dentro de su nómina con el personal y la capacidad logística, técnica, profesional y demás recursos, debiendo entonces acudir a los particulares que ofrezcan dichos servicios. La manera como la Constitución y las leyes en el país han dispuesto que estos servicios lleguen a la comunidad que los requiere es mediante la figura de la Contratación Pública.

La contratación pública se erige hoy en día como uno de los temas vertebrales dentro del derecho administrativo, articulando saberes concernientes al mundo jurídico y a una buena administración, con el fin de coadyuvar en la satisfacción de los fines esenciales del Estado,

apreciando a los particulares como colaboradores de la Administración para el cumplimiento de dichos fines.

Tal figura jurídica ha venido siendo reglada por diversas normas, en especial desde la expedición de la Constitución de 1991, pasando por el denominado Estatuto General de Contratación adoptado por la ley 80 de 1993, hasta llegar al Decreto 1082 de 2015- Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional-, el cual el cual contempla todo lo relativo a la contratación estatal en el Libro Segundo, Parte 2, Título 1.

Y dicha actividad contractual del Estado colombiano está sujeta a la observancia de diversos principios, tales como Planeación, Transparencia, Economía, Selección Objetiva y uno transversal a todas las actuaciones de la Administración Pública como lo es el Principio de Buena fe, el cual constituye el objeto de estudio del presente artículo, requisito parcial para obtener el título de Maestría en Derecho Contractual Público y Privado.

No obstante, la proliferación de normas jurídicas, la jurisprudencia constitucional y las voces de doctrinantes reconocidos en la materia, que de manera directa o indirecta se refieren a dicho principio; y justamente, a partir del examen de ellas, la presente tesis de grado aborda como pregunta jurídica, el determinar, si en Colombia existe un cuerpo normativo unificado que establezcan de manera concluyente los comportamientos, previsiones y recomendaciones

necesarias para hacer prevalecer el principio de la buena fe de todos los agentes gubernamentales y contratistas involucrados en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública.

Frente a lo cual, constituye la hipótesis a demostrar, que actualmente tal cuerpo normativo general no existe, representa un vacío, que este trabajo pretende llenar con la formulación de un Manual de Buenas Prácticas, diseñado con aportes de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina colombiana; y las experiencias reciprocas vividas y condensadas en la legislación contractual chilena; formulación que se hace al final del presente trabajo.

Ello se hace en dos artículos concatenados. En el primero, denominado: “LAS ACTUACIONES PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA”, con la intención de tener total claridad respecto del objeto de investigación, lo primero que se hace es delimitarlo, que en el presente caso significa exponer los criterios que determinan lo que se entiende por actuaciones precontractuales de la Administración Pública. Y dado que la manera como se organiza el Estado para cumplir sus fines es particular a cada país, se abordará primero entonces, lo que, en Colombia para los fines estatales, comprende la Administración Pública.

Posteriormente, se mencionan los talantes generales que contextualizan la actividad precontractual y contractual del Estado en Colombia, los cuales se desarrollan en dos aspectos

puntuales: la finalidad de la contratación pública y los principios que orientan dicha contratación y deben ser tenidos en cuenta por los agentes estatales que intervienen en las actividades precontractuales, contractuales y post contractuales en Colombia.

Cierra la disertación, la delimitación de lo que en el país se entiende por período o etapa precontractual, referida a la contratación estatal y a la descripción de las actividades que la constituyen.

Luego, desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial, se desarrolla el principio de la buena fe que debe observarse en las actuaciones precontractuales, tanto de los particulares como de los agentes oficiales encargados de la contratación pública en Colombia, comenzando por la definición y alcances del concepto; posteriormente se trata de manera sucinta el desarrollo del principio de la Buena fe que ha efectuado la Corte Constitucional colombiana y se cierra con el estudio del principio de la buena fe en las actuaciones precontractuales, subdividido en el Origen y alcances del principio y en las Reglas derivadas de la buena fe en materia precontractual.

El Segundo artículo, denominado “PRESERVACIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRE CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, se despliega también en dos partes, la primera de ellas referida a los controles legales para la preservación de la buena fe en las actuaciones pre contractuales de la Administración Pública; y

el segundo, que se ocupa de presentar un Manual de Buenas Prácticas, consistente en una serie de recomendaciones que deben seguir los funcionarios públicos encargados de la contratación administrativa, con el mismo propósito, es decir, con la intención de que al observar las recomendaciones efectuadas en la etapa pre contractual, se blinde a la Administración de incurrir en conductas que inadviertan la legalidad y/o la ética que debe imperar a la hora de ejecutar las actividades contractuales con las que el Estado garantiza alcanzar los fines a los que se obligó, de conformidad con lo previsto en el artículo segundo de la Constitución Política.

Luego se relaciona la bibliografía consultada.

Primer Artículo

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

La Administración Pública en Colombia para efectos de la contratación

Con la intención de tener total claridad respecto del objeto de investigación del presente ensayo, lo primero que debe hacerse es delimitarlo, que en el presente caso significa exponer los criterios que determinan lo que se entiende por actuaciones precontractuales de la Administración Pública. Y dado que la manera como se organiza el estado para cumplir sus fines es particular a cada país, se abordará primero entonces, lo que, en Colombia para los fines estatales, comprende la Administración Pública.

Si bien, esta delimitación conceptual se estima necesaria por las razones expuestas, en todo caso, posteriormente se hará una amplia exposición del Principio de la Buena Fe y su desarrollo jurisprudencial en Colombia.

1. Capacidad contractual de las entidades estatales en Colombia

En Sentencia C-910 de 2007, la Corte Constitucional al dirimir una demanda contra el artículo 38 numeral 2, literal f, (parcial) de la Ley 489 de 1998, advirtió que la Constitución Política se refiere a los conceptos de Gobierno, Rama Ejecutiva y Administración Pública en distintas normas.

En efecto, en el artículo 114 superior diferencia los conceptos de Gobierno y Administración, cuando dice lo siguiente: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración; a su vez el artículo 115, adoptando con ello el sistema de gobierno presidencial, dispone que el Presidente de la República no sólo es el jefe de Estado, sino también el jefe del Gobierno y la suprema autoridad administrativa”. Y a continuación la misma norma aclara que “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.”

De otro lado, el numeral 7° del artículo 150, el numeral 7° del artículo 300 y el numeral 6° del artículo 313 se refieren respectivamente a las facultades del Congreso, las asambleas y los concejos de determinar la “estructura de la Administración” nacional, departamental o municipal

según sea el caso. Y el artículo 208 de la Carta indica que “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia”.

Pero aparte de esta distinción entre los conceptos de Gobierno y Administración que aparece manifiesta en los textos superiores citados, la Constitución también se refiere en varias disposiciones a la “Rama Ejecutiva”. Así, en su último inciso el artículo 115 prescribe que “Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”, enumeración que, a juicio de la Corte, no debe ser entendida en un sentido excluyente o taxativo. Por otra parte, el artículo 354 de la Carta indica que el Contador General de la Nación es un funcionario de la Rama Ejecutiva del poder público.

Más adelante, el Título VII se intitula “De la Rama Ejecutiva”, y bajo este epígrafe se encuentran las normas referentes a la Presidencia de la República, al “Gobierno”, a la Vicepresidencia de la República, a los ministros y directores de los Departamentos Administrativos y a la Fuerza Pública.

Del compendio de disposiciones constitucionales citadas, la Corte en la Sentencia C-910 de 2007, concluye que la Constitución distingue entre los conceptos de Rama Ejecutiva, Gobierno y Administración Pública; y que, del artículo 114 puede inferirse que el Gobierno es la cabeza de

la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; pero no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno.

La Corte aclara que el concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; por manera que, en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad; en cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político; tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración.

Y en cuanto a la “Rama Ejecutiva”, dice la Corte, no existe una norma clara en la Constitución que explique la diferencia entre este concepto y el de Administración Pública Central; sin embargo, la Corte expresa que su propia jurisprudencia en varias oportunidades ha analizado las posibles diferenciaciones, llegando a concluir que la expresión Administración

Pública Central abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva Nacional, pero no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución y que en tal virtud, podría afirmarse que hay una identidad entre las nociones de Administración Pública Central y Rama Ejecutiva.

Tales distinciones conceptuales que se desprenden de las disposiciones constitucionales citadas, podrían generar múltiples interpretaciones a la hora de determinar las competencias funcionales de los diferentes organismos y entidades estatales para efectos de la contratación estatal, no obstante, dicha posibilidad fue cerrada con la precisión consagrada en el artículo segundo de la Ley 80 de 1993.

En efecto, del análisis jurídico efectuado por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-374 de 1994, con ocasión de la demanda instaurada contra el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, se concluye que en Colombia existe plena claridad de lo que debe entenderse por Administración Pública para efectos contractuales, en tanto quedó claro que "para los solos efectos de esta ley se denominan entidades estatales...", procediendo a mencionarlas, como a continuación se expresa:

“Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.

Para los solos efectos de esta Ley, se denominan entidades estatales

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contrato”

Y concluye la Corte en este asunto ventilado en la sentencia C-374 de 1994, que es de elemental lógica, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que en el mencionado estatuto se

determine qué entidades estatales tienen capacidad para contratar y cuáles son los funcionarios que obran en sus respectivos nombres.

2. El principio de la buena fe: generalidades y desarrollo jurisprudencial.

Establecidas las entidades del estado con capacidad para contratar, se advierte que todas ellas y todos los agentes intervinientes en las contrataciones estatales deben sujetarse, tanto a la finalidad que se persigue en dichas actuaciones como a los principios que las rigen, de los cuales se destacará el principio de la buena fe, en tanto objeto de análisis de la presente tesis.

En cuanto a la finalidad de la contratación estatal, es ya un tema pacífico tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia señalar que, de acuerdo con los fines del estado colombiano establecidos en el artículo segundo de la Constitución Política, las actividades estatales deben caracterizarse por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas; en consecuencia, la celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio.

En lo relativo a los principios que rigen la contratación estatal, y dado que no son el eje central de la investigación, basta con mencionarlos, tal como se anuncian en la página oficial de

la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente¹, a la cual se remite y que a título enunciativo son:

- ***Principio de economía:*** que como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.
- ***Principio de selección objetiva:*** que se define a partir de los criterios de precio, plazo, cumplimiento en contratos anteriores, calidad, experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable.
- ***Principio de publicidad:*** el cual implica que todas las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones a través de los distintos mecanismos previstos en la ley, como comunicaciones, notificaciones o publicaciones, a fin de que sean vinculantes y puedan ser controvertidas por sus destinatarios.

¹Colombia Compra Eficiente es la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana, creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, cuyo objetivo es 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.

- ***Principio de igualdad***, por el cual al particular se le debe garantizar el derecho de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento; y, en consecuencia, la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás.
- ***Principio de libre concurrencia***. Busca permitir el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar e implica el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley.
- ***Principio de planeación***. Impone que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales.

- **Principio de previsibilidad.** Implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación, lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad².

2.1. Conceptualización del principio de la buena fe: ¿objetiva o subjetiva?

2.1.1. Origen. Para tener un concepto claro sobre el principio de la buena fe, al que en este trabajo se hará referencia, es necesario remontarse a sus orígenes, los cuales se encuentran en la disputa surgida en Alemania en 1870, entre Bruns y Wächter, sobre la “buena fe”, enmarcada en las fuentes romanistas³, citados por Neme (2009)⁴.

Según el texto mencionado, los citados autores controvierten sobre diversos aspectos, entre los que se cuenta la naturaleza ética o psicológica de la “buena fe”, sobre su concepto y acerca de si debe ser concebida en modo positivo o negativo.

² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043.

³ Cfr. D. Corradini. Il criterio de la buona fede e la scienza del diritto privato, Milán, Giuffrè, 1970.

⁴ Neme Villarreal, Martha Lucía, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Para Wächter, el concepto de “buena fe” indica la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consume en una falsa creencia, determinada por cualquier error, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, en una concepción que se denominará, después, subjetiva; mientras que para Bruns, la “buena fe” designa la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano, dentro de una visión que denomina ética, en la que la mirada se dirige al contenido exterior de tal conducta, a aquello que resulta observable y enfatiza en la corrección, la honestidad, por lo que considera irrelevante lo que se piensa, se quiere o se cree, destacando que como sustento de un comportamiento probo y leal debe estar un error excusable.

Así mismo, Bruns contrapone a la “buena fe” no solamente el dolo, sino la falta de cuidado, no excusable y la culpa grave; con lo que desplaza la tesis, originalmente planteada desde una perspectiva, totalmente objetiva al campo del error excusable que se mueve en el ámbito subjetivo que pretendió evitar, por lo que al final la concepción de Bruns continuó envolviendo el concepto de buena fe objetiva con parte del manto que cobija a la buena fe subjetiva.

Si bien, en principio no se logró una clara diferenciación entre las dos posiciones inicialmente contrapuestas, la polémica entre Bruns y Wächter constituye en el

derecho moderno el preludio de la separación entre el análisis de la buena fe <como convicción psicológica> y la buena fe <como manifestación concreta de deberes de comportamiento en términos positivos>, esto es, como principio ético, aun cuando todavía, por largo tiempo, los estudiosos se mostrarán propensos a referirse a la buena fe subjetiva y a descuidar la profundización del concepto de buena fe objetiva.

2.1.2. Buena fe subjetiva y objetiva en el derecho moderno. Apoyada en los conceptos de Sacco (1987) y Martins (1999), Neme (2009)⁵ afirma que en el derecho moderno, la expresión “buena fe subjetiva”, que de manera general ha sido considerada como “un estado de ignorancia y error”, denota un estado de conciencia, unconvencimiento; y se dice subjetiva, justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.

⁵ Op. Cit.

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. De ahí que “el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta [...] o en la legitimidad de la conducta de la contraparte”.

No obstante, debe hacerse énfasis en que la buena fe subjetiva no se predica respecto “al contenido o a los efectos de la relación misma, sino que se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, “a la conciencia del sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho”, de no estar dañando un interés ajeno tutelado por el derecho.

En cuanto concierne a la buena fe objetiva, en el derecho moderno, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un

miembro del conjunto social que es jurídicamentetutelado. En consecuencia, la buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan permanentemente de su profuso carácter normativo.

Queda claro, que la buena fe a la que este trabajo hace referencia es la denominada “Buena fe Objetiva” la que se identifica con el comportamiento “diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así”, como lo expresa Hinestrosa (2003)⁶.

Tal concepto de Buena fe objetiva, suficientemente aclarado por la Corte Suprema de Justicia⁷, Sala de Casación Civil, que en sentencia del 1 de diciembre de 1938, manifestó: “la concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real”, de manera que “la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores”, en la que “la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido

⁶ Hinestrosa, Fernando (2003). Tratado de las obligaciones, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia Bogotá.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Bogotá, 1.º de diciembre de 1938. MP: Hernán Salamanca.

práctico” que impone “considerar la <bona fides> como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad”.

2.1.3. Desarrollo doctrinal del principio de la buena fe. Cierra este primer apartado sobre la buena fe, un amplio repaso doctrinal sobre la manera como ha sido concebida en las cuatro grandes latitudes significativas de desarrollo del derecho moderno, a saber: en el contexto europeo; en el sistema conocido como el common law, de aplicación esencialmente en Inglaterra y Estados Unidos; en Latinoamérica; y, particularmente en Colombia.

2.1.3.1. *El principio de buena fe en Europa.* De la legislación europea, destaca el desarrollo que de este principio ha efectuado el derecho español, para el cual, el principio de la buena fe cuenta con una perspectiva de índole “moral”, es así que en su definición abarca dos aspectos: este principio es considerado como la ignorancia de la lesión que se ocasiona en el interés de otra persona, así como también la rectitud y honradez en el trato, es decir, el desarrollo de deberes de conducta, (Monsalve Caballero, 2008), lo cual se expresa en el Código Civil Español en los artículos 1.1. “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, y 7.1 “Los derechos

deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.” (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889).

Con la reforma de 1973–1974, se introdujo en el título preliminar del Código la regla 7.1, según la cual los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe; de acuerdo a Pájaro de Silvestri (2013), la expresión “buena fe” es comprendida en el Código desde dos enfoques, el primero relacionado con la honradez subjetiva de un ciudadano que incluye acciones realizadas bajo la consideración de que no están en contra del derecho y el segundo, significa confianza en una situación jurídica objetiva. (Pájaro de Silvestri, 2013).

2.1.3.2. *El principio de la buena fe en el Common Law.* La aplicación del principio de la buena fe en los ordenamientos jurídicos del Common Law, es distinta al papel preeminente de la buena fe en la mayor parte de los ordenamientos continentales: En Estados Unidos y en el derecho inglés este principio ha carecido tradicionalmente de reconocimiento.

Sin embargo, en el año 2013, se dicta una sentencia, en el caso: Yam Seng Pte Ltd vs. International Trade Corp Ltd, que cuestiona las razones para esta clásica

reticencia frente a la buena fe y que entiende que esta figura no es tan extraña al Derecho inglés y tiene encaje en él a través de los implied terms.

A partir de allí diversos autores identifican algunos aquellos supuestos en los que puede haberse admitido un cierto papel para el principio de buena fe y las variables que son tenidas en cuenta para esta valoración.

En este ámbito es de obligada cita el caso *Carter v Boehm* (1766), en el que Lord Mansfield C.J., conociendo de un contrato de seguro, afirmó que el principio de la buena fe era aplicable a todos los contratos. Sin embargo, este intento de elevar la buena fe a principio general en el Derecho contractual inglés chocó en su momento con la teoría clásica del contrato, basada en la sacralidad del mismo y la imperiosa necesidad de que éste fuera predecible y cierto.

Y en este sentido, Mckendrick (2015)⁸ explica por qué el Derecho inglés no ha reconocido el principio de buena fe, con los siguientes argumentos:

⁸Como veremos, son los mismos argumentos que se utilizan para clasificar en dos las tesis opuestas a un principio general de la buena fe: la “repugnancy thesis”, que entiende que este principio tendría efectos negativos en el terreno contractual (y que tiene como argumentos la posición adversaria de los contratantes, la amenaza a la libertad de contrato y la incertidumbre) y la “pragmatic thesis”, que no se opone como tal al principio de buena fe pero entiende que el Derecho inglés ya tiene otros mecanismos para alcanzar el mismo resultado (“piecemeal solutions”). Véase BROWNSWORD (1994, págs. 198 – 201), Woo PEI YEE (2001, págs. 213 – 220)). En la misma línea, STAPLETON (1999, p. 2), distingue entre los “conservatives” y los “radicals”.

En primer lugar: por el carácter individualista de este Derecho, que permite a las partes perseguir sus propios intereses siempre que no incumplan las obligaciones que han asumido en su contrato.

En segundo lugar, por la gran incertidumbre que se generaría si se adoptara un principio general tan indeterminado. Incertidumbre que es contraria a los valores de certeza y predictibilidad que presume de ofrecer el Derecho inglés de contratos. La importancia de estos principios en el tráfico jurídico mercantil es puesta de relieve en el caso: Lord Hoffmann en *Union Eagle Ltd vs. Golden Achievement Ltd* (1997) al subrayar que “en muchas transacciones es de gran importancia que, si algo para lo que se ha hecho una previsión expresa en el contrato sucede, las partes sepan con certeza que los términos del contrato serán obligatorios”⁹.

En tercer lugar, por la diferente forma de desarrollo o aproximación al Derecho respecto del Civil Law: el Common Law prefiere desarrollarse gradualmente, más que por referencia a principios amplios y generales.

⁹WHITTAKER (2012, p. 20).

En conclusión, se advierte que en el ordenamiento jurídico del Common Law, existe una divergencia en el propio razonamiento legal que consiste en notomar como punto de partida un amplio principio general para deducir la solución del mismo, sino que, por el contrario, lo que se tiene en cuenta, lo que prima es la consideración de los hechos del caso concreto y las soluciones particulares dadas con anterioridad.

En definitiva, y aun teniendo en cuenta las evoluciones modernas correspondientes, estamos ante un modelo de contrato basado principalmente en el paradigma del contrato por escrito y negociado entre partes (comerciantes) en igualdad de condiciones y, por otra parte, ante un sistema que rehúye de cláusulas generales en favor de deberes concretos.

2.1.3.3. *El principio de la buena fe en América latina.* En Latinoamérica el principio de buena fe cumple un papel importante particularmente a lo que se refiere a los contratos y negocios jurídicos, dónde cobra gran trascendencia, “porque es un elemento de la estructura misma de la noción de contrato, aunque por lo común aparezca cumpliendo sólo una función interpretativa”, (Facco, 2011), y si bien cuentan con una herencia histórica europea los códigos latinoamericanos denotan particularidades respecto a los del viejo continente que les confieren una identidad

propia. Por ejemplo, en el caso chileno se evidencia en el Código Civil, en su artículo 1546:

<Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. (Chile. Presidencia de la República. Código Civil, 2000)>.

En el derecho civil argentino, el artículo 1198 establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión” (República de Argentina. Presidencia de la República. Código Civil Decreto-Ley 17.711, de 1968).

En el caso peruano, se señala en el artículo 1362 del Código Civil que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, (Perú. Presidencia de la República. Decreto Legislativo N° 295 de 1984).

Así mismo los códigos que comenzaron a tener vigencia luego de los procesos de independencia, buscaron replicar el Código Francés, para esta normativa:

<Artículo 1134: Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe>.

<Artículo 1135: Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza. (República de Francia. Ley del 21 de marzo de 1804.)>

Estos postulados se circunscriben desde el principio de la buena fe, a una valoración de la conducta de las partes en el momento de la ejecución de las obligaciones, que reconocen su fuente principal en la convención; dejando en otra norma, como fuentes subsidiarias de integración a la equidad, los usos y la ley, (Esborraz, 2006).

Siguiendo este desarrollo histórico es posible expresar que, en el ordenamiento latinoamericano, la buena fe presenta una evolución mucho más uniforme que en el Derecho Europeo.

En el mencionado caso chileno, históricamente el artículo 1546 motivó sólo algunas resoluciones aisladas, (Eyzaguirre Baeza & Rodríguez Díez, 2013); sin embargo, y de acuerdo a los citados autores, en forma reciente, desde autores como Fernando Fueyo y Jorge López Santa María, la doctrina comenzó a proponer una aplicación más amplia del mismo a partir de la experiencia comparada.

Esto contrasta con su desarrollo en países como Alemania, donde se enfocó fundamentalmente como una cláusula general cuyo contenido debía ser precisado, afirmándose su condición de principio sólo a efectos de extender su aplicación a otras ramas del ordenamiento jurídico y para echar mano a doctrinas relacionadas con la <bona fides romana>, (Eyzaguirre Baeza & Rodríguez Díez, 2013).

2.1.3.4. *El principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano.* El ordenamiento jurídico colombiano, como ya se dijo, expresa el principio de la buena fe desde la propia Constitución en el artículo 83 de la Carta Política “*Las*

actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". Además, se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada¹⁰.

Si bien es un principio que se encuentra en el ordenamiento jurídico, según Ospina Sepúlveda (2010), tuvo una problemática inclusión en la legislación anterior a la Constitución de 1991. Ello obedecía, quizás, a que su consagración legal en el Código Civil (Artículos 764, 768, 1603, entre otros) y en el Código de Comercio (Artículos 863 y 871), regulaba materias muy específicas: en el primer caso se estableció en el título de bienes y de contratos; mientras que, en el segundo, lo fue en materia de obligaciones y de relaciones contractuales de naturaleza mercantil.

Sin embargo, con el advenimiento del artículo 83 de la Constitución Política se zanjó cualquier duda sobre su aplicación tanto en los ámbitos privados negóciales,

¹⁰Corte Constitucional, Sentencia C-1194/08: M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2008.

como en las relaciones de derecho público, gracias a que con esta consagración se constituyó como fuente de obligaciones. (Ospina Sepúlveda, 2010).

La Corte Constitucional, a través de Sentencia T-469 de 1992, precisó el alcance del artículo 83 de la Constitución Política y las razones de la Asamblea Nacional Constituyente para expedirlo. Según dicho pronunciamiento, la buena fe no es un concepto sino un principio general del derecho que abarca la totalidad de las relaciones jurídicas¹¹.

Así mismo el constituyente estableció la buena fe como un amplio deber de la administración, el cual debe identificarse con el ánimo de servicio y de solución a legítimas pretensiones, de manera que su desconocimiento trae consigo una sanción acorde a lo que estipule la ley, y que debe ser impuesta luego de abordar todos los requisitos probatorios y de haberse desvirtuado suficientemente la buena fe presunta de la actuación de una determinada autoridad. (Ospina Sepúlveda, 2010).

De acuerdo al citado autor, el texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente trata de reivindicar la eficacia directa y la aplicación

¹¹Corte Constitucional, Sentencia T-469/92 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, 1992.

inmediata del principio en cualquier tipo de relación entre el Estado y los particulares.

Por otra parte, en lo que se refiere a la buena fe en el derecho privado colombiano, se establece en especial el texto del artículo 769 del Código Civil según el cual: *“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”*.

El mencionado artículo 769 fue demandado. La Corte Constitucional expuso su alcance en la sentencia C-540-95, señalando que este principio supone que todos los hombres actúan desde la buena fe y en este sentido, para las relaciones entre particulares las acusaciones de actuaciones de mala fe, deben probarse.

2.2. Desarrollo jurisprudencial del principio de la buena fe.

Sobre el tantas veces citado artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, según el cual “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante

estas”, la Corte Constitucional Colombiana en reiteradas sentencias ha mantenido básicamente dos líneas jurisprudenciales claramente estructuradas:

Una primera, que hace referencia al deber ser de las autoridades administrativas, de obrar con lealtad y sinceridad, y ajustadas a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones de la administración; actuación que encuentra su justa contrapartida en la obligación de los particulares de ajustar su comportamiento frente a la administración en los mismos términos. La obligación de la administración de aplicar en forma estricta el principio de la buena fe en los eventos de convocatorias públicas, concursos de méritos para llenar vacantes de carrera administrativa, y en general en los procedimientos de selección de personal, principio que se traduce en el hecho concreto de respetar el orden fijado en la lista de elegibles, así como cumplir los procedimientos de selección a través de exámenes y procesos de calificación públicos y transparentes.

Una segunda línea, que predica el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad, y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones que se originan en la celebración de contratos; una faceta de la actividad del Estado y de los particulares que propugna por una especial modalidad de participación o colaboración, que se sustenta en la confianza mutua y en la credibilidad de la palabra del otro.

El principio constitucional de la buena fe aparece como un límite a la actuación no solo estatal sino también de los particulares, estableciendo:

<La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad¹²>.

Esa facultad de policía administrativa, y en general las actuaciones de la administración, está sometida al imperio de la Constitución y de la ley, pero igualmente a la aplicación de los principios generales del derecho, dentro de los cuales la buena fe resulta un principio fundamental. En este sentido,

¹²Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“virbonus”) [...]. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas¹³>.

Este imperativo constitucional no solo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas, que pueden ser subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción. Sobre la confianza en el principio de la buena fe, la Corte Constitucional ha destacado:

<La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio

¹³ Ibídem.

de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico¹⁴>.

La Corte ha establecido que el espectro de aplicación del principio de buena fe no se limita al nacimiento de las relaciones jurídicas, sino que se extiende al desarrollo de las mismas hasta su extinción, de suerte que los operadores jurídicos en el curso de tales relaciones deben adecuar su comportamiento a parámetros significativos de lealtad y honestidad, y tienen que responder a las expectativas que sus actuaciones precedentes han generado en los demás.

El principio de buena fe tiene, entre otras, dos manifestaciones concretas, las cuales son: el respeto por el acto propio y la confianza legítima, que, conjuntamente, previenen a los operadores jurídicos de contravenir o ir en contra de sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

2.3. Delimitación y actividades en la etapa precontractual de la administración pública en Colombia

¹⁴ Ibídem.

Teniendo clara la finalidad de la contratación estatal en Colombia, así como los principios que deben observar los agentes estatales encargados de realizarla, se dispone ahora entrar en el tema de la delimitación de lo que en el país se entiende por período o etapa precontractual, referida a la contratación estatal y a la descripción de las actividades que la constituyen.

2.3.1. Delimitación: Etapas de la contratación pública en Colombia. Hablar de etapa o período, es predicar de algo que pertenece a un ciclo completo de actividades, que en este caso están referidas a las desplegadas por la administración pública, con el objeto de adquirir los bienes y servicios que requieren las entidades para cumplir con los fines misionales fijados en la constitución, ley o reglamento para cada una de ellas, y que, de manera genérica, se conoce como contratación estatal.

Pues bien, esa contratación estatal, ese ciclo de actividades, está compuesto por tres grandes etapas, a saber:

- ***La etapa precontractual***, que incluye la ***sub etapa de planeación***, se inicia con la elaboración del documento de estudios previos, el cual comprende la detección y descripción de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación, que a su vez será el soporte para generar el pliego de condiciones que contiene el objeto a contratar; la identificación del contrato

a celebrar; la modalidad de selección del contratista; el presupuesto estimado; los criterios de selección y demás requerimientos legales; y la **sub etapa de selección del contratista**, en la cual, como su nombre lo indica, con base en los parámetros de selección previamente establecidos, se escoge el contratista y posteriormente se efectúa la adjudicación.

- **La etapa contractual**, arranca con el perfeccionamiento del contrato con la firma de las partes, es decir la entidad estatal y el contratista seleccionado, a efectos de que inicie la ejecución de lo pactado hasta su culminación, en los plazos, costos, términos y condiciones a que se haya obligado con su firma.
- **Etapa Pos contractual**. Tercera y última etapa de la actividad contractual del Estado, se inicia con la terminación del contrato y culmina una vez se haya realizado la liquidación del mismo, bien sea por vía administrativa o judicial, según el caso.

2.3.2. Fundamento normativo en la etapa pre contractual. En Colombia la actividad contractual de Estado es reglada. Así lo ratificó la Corte Constitucional, que en Sentencia C-154 de 1997, entre otras cosas, al respecto expresó: “Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el

particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley ; y las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal”.

Con base en tal premisa, en el entendido que todas las actividades que desarrollen los operadores jurídicos estatales en la etapa precontractual de la que ahora se ocupa este ítem, son regladas, es necesario precisar la legislación vigente que gobierna dichas actividades, en especial por la multiplicidad de cambios en la reglamentación dela contratación estatal luego de expedido el conocido como Estatuto General de Contratación, contenido en la ley 80 de 1993.

Así pues, en un corto resumen de la progresión de las normas jurídicas que regulan la contratación estatal, desde la ley 80 de 1993, se tiene:

Una de las razones esgrimidas en la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la ley 80 de 1993, fue haber observado una presunta vulneración del principio de la buena fe en la aplicación del hasta entonces vigente Decreto 222 de 1983, consistente, entre otras razones, en 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.

Promulgada la ley 80 en el 1993, no sufrió modificaciones hasta el año 2007, en el que se promulgó la ley 1150, como resultado de las conclusiones del estudio, debate y análisis a la ley 80 de 1993 que realizó el Estado desde diferentes instancias y actores.

Mediante esta ley fundamentalmente se buscó introducir medidas para la eficiencia y la transparencia, por lo que su eje central está puesto en la adopción de diferentes modalidades de selección o escogencia del contratista, incluyendo la selección abreviada, como modalidad autónoma y el concurso de méritos.

Posteriormente se expide el Decreto 2474 de 2008, del cual se rescata la reglamentación expresa de las modalidades de selección indicando cuáles son; y

haciendo claridad de que las mismas se deberán regir por la ley 80 de 1993 en cuanto a los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la función administrativa. De allí que la norma indicara que los estudios previos debían contener toda la información necesaria para que el proponente pudiera identificar cuál era el alcance del objeto contractual y los riesgos que la entidad determinaba para dicho proceso, debiendo ser puestos a disposición de los proponentes interesados, a su vez con el pliego de condiciones que debía cumplir con unas características mínimas, dependiendo de la modalidad de selección a utilizar, puesto que no todas las modalidades requieren de los mismos requisitos ni exigencias como sí lo es en una licitación pública.

En el año 2011 se promulgó la ley 1474, por medio de la cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y se procuró aumentar la efectividad de la gestión pública. Esta ley conocida como Estatuto Anticorrupción, surge de la necesidad de poner un alto a la corrupción en Colombia tanto en materia contractual como en la gestión pública, ya que viene a implementar normas desde el punto de vista disciplinario, contractual, administrativo, penal y demás aspectos que confluyen en una entidad y que de alguna u otra manera el servidor público tiene incidencia para incurrir en actos de corrupción.

Al año siguiente se expidió el Decreto 734 de 2012, motivado por la necesidad de hacer una revisión a toda la normatividad expedida en materia contractual ya que existían fragmentos dispersos de las sentencias del Consejo de Estado, situación que generaba cierta incertidumbre y dificultaba la consulta de las normas, además de la expedición de nuevas normas que para la época fueron de gran importancia, como fue el Plan de Desarrollo Nacional, el Estatuto Anticorrupción y la Ley Anti trámites que fueron decisivas para los temas de contratación.

Al año siguiente se expidió el Decreto 1510 de 2013, por el cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, buscando mantener en un solo instrumento la reglamentación al sistema de compras y contratación pública.

Posteriormente, con el argumento de simplificar y unificar la normatividad del país de los diferentes sectores, que hasta la fecha venían rigiéndose por un número inmenso de normas que se sucedían unas a otras, el gobierno nacional se dio a la tarea de promulgar los que denominó “Decretos Únicos Reglamentarios” de cada sector, por manera que cada entidad rectora, en cada sector, compiló la totalidad de las normas vigentes en un solo Decreto Único Reglamentario.

En lo que tiene que ver con la contratación administrativa, fue expedido el Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual el cual contempla todo lo relativo a la contratación estatal en el Libro Segundo, Parte 2, Título 1.

Finalmente, ya en enero 15 del presente año fue expedida la ley 1882 de 2018, con la pretensión de fortalecer la contratación pública del país en materia de infraestructura; y de la cual se destacan aspectos como la adopción de pliegos tipo en los procesos de selección e interventoría para las obras públicas por parte de las entidades contempladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; la exigencia de dos sobres en vez de uno, en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra; y la determinación de un tiempo preciso para que los proponentes subsanen los requisitos de su propuesta que no afecten la asignación de puntaje.

Actualmente, en las dependencias estatales colombianas, en materia de contratación estatal se viene dando aplicación a la compilación efectuada por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, en el entendido que recoge todas las normas contractuales vigentes, además de lo pertinente reglado por la ley 1882 de 2018.

2.3.3. Actividades de la etapa pre contractual. De acuerdo con el análisis de vigencia normativo efectuado, se describen las actividades que deben verificarse en la etapa precontractual, con base en lo previsto en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional- Decreto 1082 de 2015-, el cual contempla lo relativo a la contratación estatal en el Libro Segundo, Parte 2, Título 1.

2.3.3.1. Sub etapa de planeación. Como se dejó establecido, la etapa precontractual inicia con la sub etapa de planeación, que sin importar el régimen contractual al cual esté sometida la entidad pública, tiene dos expresiones normativas claras: la ***elaboración del plan de compras y el desarrollo de los estudios previos***.

La sub etapa de planeación constituye el verdadero pilar de la contratación pública, toda vez que implica para la entidad, la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar los proyectos que respondan a sus funciones misionales.

La entidad, al contratar bienes y servicios para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales, no solamente invierte los recursos públicos, sino que genera

empleo y desarrollo; de allí la importancia de que esta actividad contractual sea el fruto de la planeación, el control y el seguimiento por parte de los servidores públicos.

En materia de contratación estatal, planear implica no sólo contar con un plan que consolide y priorice las adquisiciones de la entidad, con fundamento en las necesidades técnicamente diagnosticadas, sino que exige la realización de una serie de estudios y análisis orientados a establecer mecanismos económicos, transparentes y adecuados para satisfacer dichas necesidades.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 31 de agosto de 2006, Radicación R- 7664, se refirió al principio de planeación en la contratación estatal, planteando lo siguiente: “...Al respecto conviene reiterar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes, los siguientes:

- La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.

- Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja.
- Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.
- Los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.
- La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato.
- La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores...”.

2.3.3.1.1. *Elaboración del plan de compras.* El plan de compras fue definido por el artículo 1° del Acuerdo N° 04 de 2005 del Comité para la Operación del SICE¹⁵, como “el Plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública de las entidades y particulares que manejan recursos públicos, independientemente del rubro presupuestal que se afecte, ya sea de funcionamiento o de inversión”.

En consecuencia, el Plan de Compras es el reflejo de las necesidades de las entidades públicas que se priorizan de acuerdo con el presupuesto asignado para cada vigencia y que se traducen en la contratación de bienes y servicios. En este sentido, es el mapa de navegación de la actividad contractual. Una vez elaborado dicho plan de compras se debe iniciar la preparación de los estudios previos de las contrataciones a realizar.

2.3.3.1.2. *Desarrollo de los estudios previos.*El concepto de estudios previos inicialmente fue esbozado de forma general en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, haciendo referencia a ellos como el

¹⁵El SICE -Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal-, es una herramienta de información, ordenación y control que incorpora las cifras relevantes del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real, con los precios de referencia incorporados en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de acuerdo con los parámetros de codificación del Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS.

análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

Posteriormente, el artículo 8° del Decreto 2170 de 2002 definió los estudios previos como aquellos encaminados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación, determinar las especificaciones técnicas y el valor del bien o servicio, y analizar los riesgos en los que incurrirá la entidad al contratar.

El Decreto 2474 de 2008, que reglamentó la Ley 1150 de 2007, definió los estudios previos como el conjunto de documentos que sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que se propone, ordenando ponerlos a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones.

Esta definición debe interpretarse de forma integral, frente a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública, por lo cual debe entenderse como estudios previos aquellos análisis,

documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije, en cualquiera de las modalidades que señala la ley o el manual interno que se aplique, en el caso de las entidades no gobernadas por el Estatuto.

El Decreto 2474 de 2008 estableció que los estudios previos debían contener mínimamente lo siguiente:

- La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
- La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.
- Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.
- El análisis que soporta el valor estimado del contrato indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados con el mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquéllos. En el caso del concurso de méritos, no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en

este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

- La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.
- El soporte que permita la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
- El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquéllas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo previsto por la Ley 1150 de 2007, la cual determinó como obligación a cargo de las entidades públicas que se rigen por el Estatuto, la de publicar en el Portal Único de Contratación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), los estudios previos de los procesos de selección que adelanten; que en el caso del concurso de méritos, no se publicará el detalle del análisis de precios; y que en el caso del contrato de

concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

2.3.3.2. Sub etapa de selección del contratista. La selección de los contratistas en Colombia está regida por la ley 1150 de 2007, en concordancia con lo previsto en la Sub sección 2, Capítulo 1, Título 1, Parte 2, Artículos 2.2.1.1.2.2.1 y siguientes del Decreto 1082 de 2015, los cuales prescriben que las Entidades Estatales deben escoger a sus contratistas a través de alguna de las siguientes cinco modalidades de selección: (i) Licitación pública; (ii) Selección abreviada; (iii) Concurso de méritos; (iv) Contratación directa; (v) Mínima cuantía, en el entendido que la regla general de selección de contratistas es la licitación pública y que dichas normas establecen taxativamente los casos en los cuales se pueden aplicar las demás modalidades, dependiendo del objeto y cuantía de cada Proceso de Contratación.

2.3.3.2.1. Selección en licitación pública. De acuerdo con la Ley 80 de 1993 la licitación pública es el procedimiento mediante el cual la Entidad Estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Salvo norma especial la licitación pública es la modalidad de

selección general, es decir se aplica en todos los casos que no tengan otra modalidad asignada.

Ahora bien, dado que el objetivo general del presente trabajo de grado está referido al deber de protección de la buena fe en las actuaciones precontractuales de la administración pública, y que disertar ampliamente sobre el deber de selección objetiva tanto en la licitación pública como en las demás modalidades de selección es un tema tan amplio que desborda el alcance de este ítem, aquí sólo se hará un sucinto listado de las principales actividades que se verifican a la hora de seleccionar el proponente en una licitación pública.

En el anterior orden de ideas, se tiene que los pasos o trámites esenciales de una selección de contratista por esta modalidad de contratación, son los siguientes:

- La entidad identifica su necesidad de adquirir bienes o servicios en un estudio previo que le ayuda a establecer las condiciones, características del bien o servicio que desea contratar, el cual debe estar incluido en el plan de compras. Debe elaborarse adicionalmente una ficha técnica del bien o servicio que se desea contratar.

- Se elabora el proyecto de pliego de condiciones el cual se publica en la página web de la entidad y en el portal de contratación por un término mínimo de 5 días hábiles acompañado del aviso de convocatoria, de los estudios y documentos previos.
- Todos los interesados dentro de los 5 días anteriores a la expedición del acto de apertura, revisan y presentan las observaciones que consideren necesarias.
- Se presentan los pliegos definitivos y se publica el cronograma y la resolución de apertura que da inicio oficial al proceso, se publica también las observaciones y sus respuestas si fueron presentadas.
- Los proponentes de acuerdo al cronograma del proceso, entregan sus propuestas en el lugar y antes de la hora señalada.
- Se inicia la etapa de evaluación donde se verifican los requisitos habilitantes, donde se establecerá quienes podrán participar en la subasta inversa.
- El informe de evaluación se pone a disposición de los participantes por un término de 3 días hábiles con el propósito de que puedan pronunciarse acerca de los aspectos que consideren pertinentes y presenten las respectivas observaciones. La entidad analiza las observaciones presentadas, y cita para definir el proceso, la subasta inversa.

- La subasta inversa se dará inicio en la fecha y hora señalada en el pliego de condiciones, tendrá como único criterio de evaluación el precio, y se desarrollará en audiencia pública presencial o electrónicamente de conformidad con el reglamento que para el evento se determine la entidad contratante.

- Los proponentes que resultaren habilitados para participar en la subasta inversa presentaran sus lances o propuestas de precio electrónicamente o presencialmente, usando para el efecto las herramientas y medios que determine la entidad contratante, en los pliegos de condiciones. El precio base de la subasta inversa, será el menor precio de las propuestas habilitadas.

- El proponente, de acuerdo al procedimiento de los pliegos, que presente el precio más bajo con la mayor calidad, será a quien la entidad pública le adjudique el contrato.

- Finalmente, debe tenerse en cuenta que desde la publicación del proyecto de pliegos, toda la documentación publicada es susceptible de observaciones por parte de todos los interesados; y que en el evento en que dichas observaciones traigan como consecuencia la necesidad de modificar aspectos del pliego, esto se hará mediante adendas, las cuales solo pueden

ser proferidas hasta el día anterior al cierre del proceso, que se publicara en días hábiles y horario laboral.

2.3.3.2.2. Selección abreviada. La Selección abreviada según la ley 1150 de 2007 se adelantará en los casos en que las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, permitan un proceso simplificado, garantizando siempre la selección objetiva del contratista.

Las causales que dan lugar a escoger al proponente por la modalidad de selección abreviadas, son la siguientes:

- La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.
- La contratación de menor cuantía.

- Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.
- La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial.
- La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.
- Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.
- Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los

respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden.

- La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

2.3.3.2.3. Concurso de méritos. El concurso de méritos es una modalidad de selección en el cual se elige al contratista en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, con el fin de escoger la persona más idónea para la realización del objeto contractual.

Según la ley 1150 de 2007, corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la

lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

Los contratos de consultoría, necesarios realizar estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, al igual que las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, deben ser adelantados bajo esta modalidad.

2.3.3.2.4. *Contratación directa.* Es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un proceso concursal de selección. Por este motivo, su aplicación está limitada a las siguientes causales establecidas en la ley:

- Contratación de créditos.
- Contratos interadministrativos.
- Urgencia manifiesta.

- Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.
- Bienes y servicios en el sector defensa que necesiten reserva para su adquisición.
- Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de restructuración de pasivos.
- Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.
- Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado.
- Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

2.3.3.2.5. Mínima cuantía. Según el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento para la contratación de mínima cuantía, las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

- La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los

numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

- La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.

- La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la Entidad Estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

- La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

- La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil.

- La Entidad Estatal debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar

en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la Entidad Estatal debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.

- En caso de empate, la Entidad Estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.
- La oferta y su aceptación constituyen el contrato.

El principio de la buena fe en las actuaciones precontractuales.

Desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial, se desarrolla el principio de la buena fe que debe observarse en las actuaciones precontractuales, tanto de los particulares como de los agentes oficiales encargados de la contratación pública en Colombia, comenzando por la definición y alcances del concepto.

1. Definición de buena fe en materia contractual

Para comprender el concepto de buena fe, se parte de su significado semántico, dado por la división de las palabras Bueno y Fe: bueno, del latín <bonus>, es un adjetivo que señala aquello que posee bondad y que resulta encantador, atractivo, apetitoso o conveniente; al paso que fe, deriva del latín <fides> y nombra al grupo de las creencias de una persona o de una

colectividad. La fe es el concepto favorable que se posee de un individuo o de una cosa; la confianza y la afirmación de que algo tiene certeza.

Se entiende entonces como buena fe a la integridad y la honestidad en el comportamiento. Quien actúa con buena fe, no pretende hacer el mal: si se equivoca o termina dañando a alguien o algo, no habrá sido con dicha intención.

Ahora bien, la doctrina distingue la buena fe subjetiva de la buena fe objetiva, señalando Neme (2009), que lo que se conoce como buena fe subjetiva responde a un estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto; en fin, consiste en un estado psicológico y no volitivo.

Por otro lado, la buena fe objetiva Neme (2009), se traduce en un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio.

En consecuencia, la buena fe objetiva presupone que se actúe; es decir, para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe, es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan, se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe; no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente; no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad y suministrado la información adecuada; no estimar que se ha respetado el equilibrio sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje; en fin, no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe.

Por el contrario, tratándose de la buena fe subjetiva no se requiere que la conducta del agente sea legítima, no es preciso verificar que tales irregularidades no existieron realmente, basta con que en el agente se haya generado la conciencia de estar obrando conforme a derecho. De ahí que a fin de establecer la existencia de buena fe subjetiva no se valore la conducta del agente conforme al paradigma, sino su mera conciencia, creencia o convicción de estar obrando acorde con aquél.

Bajo esta perspectiva, el realizar una adecuada distinción de los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva contribuye a establecer los alcances de la presunción de la buena fe,

como quiera que por regla general el cumplimiento de los deberes de comportamiento no se presume, sino que ha de probarse su efectiva realización, en tanto que los estados psicológicos o las creencias, como aquellos en los que se funda la buena fe subjetiva son por el contrario fértil terreno para la presunción, pues resulta difícil, por decir lo menos, el probar el propio estado de conciencia o la íntima convicción.

En materia de trámites ante la Administración, debe tenerse en cuenta, la consagración de la buena fe como un principio de rango constitucional. En efecto el artículo 83 de la Constitución Política expresamente señala: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

Der acuerdo con los criterios expuestos de los tipos de buena fe que la doctrina distingue, Neme (2009), se puede afirmar que la buena que se exige a los administrados en los trámites ante la administración es objetiva, en cuanto que lo que se valora es si el comportamiento de los particulares frente a la administración se adecua a los deberes que impone el principio y no una simple creencia o estado psicológico acerca de la conformidad con los mismos. Vale decir: se presumirá la lealtad, la honestidad, la fidelidad, la corrección, la ausencia de dolo, etc., bajo el entendido de que esas son las conductas objetivas que deben esperarse usualmente de los administrados.

En los casos en que se trate de la adquisición de derechos por vía contractual, en que tenga aplicación la teoría de la apariencia o de adquisición de los mismos en razón de la posesión de bienes, según Neme (2009), los particulares podrán hacer uso frente a la administración de las presunciones legales de buena fe subjetiva contempladas en el ordenamiento legal en los mismos términos allí previstos.

En este ítem debe decirse, que el claro fundamento constitucional del principio de la buena fe, tiene dos grandes efectos en el área del derecho público: por una parte, permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, por otra, contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, con lo cual se pretende impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas.

La aplicación directa del principio de la buena fe, ha sido desarrollada por la ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación en Colombia, que en su artículo 28 consagra: *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*. No sobra advertir, que, si bien la presunción de la

buena fe gobierna todas las actuaciones administrativas, por la limitación de objeto de estudio aquí establecida, se hace referencia a la manera cómo esa buena fe debe actuar en las actuaciones precontractuales de la Administración.

En materia de protección a los particulares frente a los poderes del estado, desde la propia exposición de motivos del artículo 83 de la Constitución Política¹⁶, se dijo que si bien la buena fe, como principio general, no requeriría consagración normativa, debió hacerse explícita su presunción, en razón de la situación de inferioridad en que los particulares se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas, en el sentido de mirar al administrado como el destinatario de una actividad de servicio.

Además, que dicho mandato, que por evidente parecería innecesario, está orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal.

2. La buena fe contractual en la jurisprudencia colombiana

¹⁶Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3.

Del desarrollo del principio de la Buena fe que ha efectuado la Corte Constitucional colombiana, se destaca lo siguiente:

En la sentencia C-544 de 1994, la Corte señala que la buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.

Dice la Corte, que en general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre; y que, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste.

En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte, es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe. Cuestionar la presunción que todo el mundo actúa de buena fe, implica la necesidad de probar que la otra parte ha actuado de mala fe.

En similar sentido se pronunció en la sentencia C-527 de 2013, en la cual indica que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre

cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebida como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí.

En la Sentencia C-1194 de 2008 la Corte Constitucional considera que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también puede establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

En la Sentencia C-225 de 2017, la Corte argumenta que la medida de protección constitucional de las personas frente a las autoridades públicas dada por el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, se concreta, entre otros asuntos, en la prohibición de exigir en los trámites y procedimientos administrativos, declaraciones juramentadas o documentos autenticados, ya que esto implicaría situar en

cabeza del particular la carga de demostrar la buena fe en la gestión, de la que constitucionalmente se encuentran exentos. Esta presunción invierte la carga de la prueba y radica en cabeza de las autoridades públicas la demostración de la mala fe del particular, en la actuación surtida ante ella. Situación que tiene aplicación en el examen de idoneidad y legalidad que deben hacer los agentes estatales encargados de los procesos contractuales, por lo que es a ellos a quienes les corresponde demostrar la falsedad o ausencia de idoneidad que prediquen de la documentación precontractual que examinen.

3. Alcances del principio de la buena fe

Si bien el objeto de estudio es el principio de la buena fe referido las actuaciones precontractuales de la Administración Pública, lo cierto es que ella debe estar presente en todo el inter contractual y sin solución de continuidad, desde el proceso de planeación hasta la liquidación del contrato. De hecho, el principio de la buena ha sido connatural a las acciones del ser humano, en tanto de manera espontánea siempre busca el equilibrio y la justicia en las relaciones, como en los trueques que se realizaban mucho antes de existir una compilación de reglas de comportamiento como ocurrió en el Derecho Romano.

La figura jurídica conocida como *fides* en el Derecho Romano, representó lo que ahora conocemos como el principio de la buena fe, la cual era anunciada como el deber de toda persona

de respetar y cumplir su palabra. La *fides*, se entendió como un principio vigente en todos los pueblos, es decir de *ius gentium* y no como un principio exclusivo de los romanos. Al decir de D'Ors, (1991), puede considerarse que el mismo principio, la *fides* o lealtad a la palabra, es la causa de las obligaciones derivadas de los contratos consensuales.

En tanto heredero del Derecho Romano, el derecho civil colombiano consagró expresamente en el artículo 1603 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, aclarando que la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.

En el mismo sentido se consagró en el Código de Comercio de 1971, en lo relativo a la aplicación de la buena fe objetiva en el periodo precontractual (art. 8633), y en el artículo 871, que extiende la aplicación de la buena fe a la celebración y ejecución de los contratos, en donde se dispone que, “*en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

También ha sido muy importante la consagración y las consecuencias de la aplicación del principio de la buena fe en materia societaria, establecido en la ley 222 de 1995, en particular

para la observancia de los deberes de los administradores de sociedades, que hoy en día constituyen uno de los pilares fundamentales del buen gobierno corporativo.

En la esfera del derecho administrativo, reiteradamente la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional –algunas de las cuales han sido ya citadas-, señalan la pertinencia de la aplicación de dicho principio a las actuaciones de la Administración en general y particularmente de las gestiones contractuales, desde el precontrato hasta la liquidación.

El artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-Ley 80 de 1993, en aplicación del principio de la buena fe, obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos, y a ceñirse en sus actuaciones a los postulados que la orientan, con lealtad y honestidad.

4. Reglas derivadas de la buena fe en materia precontractual

La aplicación de la buena fe en las actuaciones administrativas en Colombia está en estrecha relación con la aplicación del principio del Debido Proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 3 de diciembre

de 2007¹⁷ en la que manifestó que: “En suma, este principio no sólo se trata del cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública -respeto de la legalidad objetiva-, sino de la salvaguarda de las garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración.”

En la aplicación del principio de la buena fe, en materia precontractual, se destaca la observancia de los siguientes postulados¹⁸:

- Las reglas de la gestión contractual deben ser claras, precisas y deben permitir que se adopten decisiones objetivas y fundamentadas. Esta premisa aplica frente a todas las condiciones de contratación, bien sea para celebrar de forma directa el contrato o para tramitar una convocatoria pública con el objeto de seleccionar al contratista.
- En coherencia con el razonamiento anterior, con el fin de garantizar la imparcialidad de las actuaciones, la normatividad interna que adopten las entidades debe permitir que se deje constancia de la actividad que realiza cada una de las áreas involucradas en la gestión contractual, teniendo claridad respecto a la responsabilidad a su cargo, así

¹⁷Consejo de Estado, Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, del 3 de diciembre de 2007, en los radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) - Acumulados.

¹⁸ Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la república y Contraloría General de Santander: Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas, 2016.

como de los procedimientos que aplican en cada caso. Ello, con el fin de que se verifique el cumplimiento de TODOS los requisitos previos necesarios para la adopción de las decisiones en esta materia.

- Aunado a lo anterior, para evitar la arbitrariedad de la administración, el personal responsable de la gestión contractual debe ser idóneo y estar capacitado para asumir su labor u obligación.
- En el trámite de los procesos de selección contractual se deberá respetar la presunción constitucional de buena fe, que es principio rector del sistema jurídico mismo.
- En procesos de selección o de contratación directa, las inhabilidades e incompatibilidades, de interpretación taxativa y de orden legal, limitan este principio y, por tanto, facultan a las entidades públicas contratantes a rechazar los ofrecimientos que se presenten en dichos procesos.
- En la gestión contractual de las entidades públicas se debe garantizar el derecho de contradicción de los interesados y proponentes y asegurar el principio de libre concurrencia, para lo cual se recomienda fijar plazos razonables para el desarrollo de cada una de las etapas de una convocatoria pública. Esto incluye los términos para la realización de audiencias, la contestación de solicitudes de aclaración o modificación del pliego de condiciones o términos de la contratación, la diligencia de cierre o presentación de ofertas, la evaluación de ellas, etc.

- Los procesos de selección de contratistas deben ser adelantados sin dilaciones injustificadas. Lo anterior se concreta en las siguientes sugerencias para optimizar la gestión: a. Se deben cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección previstas en la ley o en los reglamentos que rijan estos asuntos; b. Los procesos de selección se deben cumplir en etapas perentorias y preclusivas que aseguren la selección objetiva de la propuesta más favorable, el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica; c. Los ofrecimientos o propuestas presentadas deben ser evaluados de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas, previamente establecidas y conocidas por todos los interesados, en condiciones de igualdad de acceso a la información.

De manera complementaria en el siguiente ensayo se abordarán dos capítulos los temas relativos a: primero, los controles legales establecidos en el ordenamiento Colombia para la preservación de la buena fe en las actuaciones administrativas precontractuales; y segundo, las recomendaciones para la adopción de buenas prácticas, en el propósito de mantener la protección de la buena fe en las actuaciones precontractuales de la administración pública, con lo cual se completa el trabajo de investigación como requisito para optar el título de maestría en derecho contractual público y privado.

Conclusiones del primer artículo.

- Si bien es ya un tema pacífico tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia, es importante señalar que, de acuerdo con los fines del estado colombiano establecidos en el artículo segundo de la Constitución Política, las actividades estatales deben caracterizarse por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas; en consecuencia, la celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio.
- Consonante con esa finalidad, debe advertirse que toda actuación de los agentes estatales y de los particulares vinculados a los procesos de contratación, deben regirse por los principios de la misma previstos en la ley 80 de 1993 o Estatuto General de la contratación estatal.
- Desde la perspectiva conceptual que se impone desde la época moderna del derecho, queda claro, que la buena fe a la que este trabajo hace referencia es la denominada “Buena fe Objetiva”, cual es, la que se identifica con el comportamiento “diligente, advertido, pundoñoso, y con la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así”, tal como lo expresa el maestro Hinestrosa (2003).
- La concepción de buena fe objetiva que se aplica en Colombia, se ratifica con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, que en sentencia del 1 de diciembre de 1938, manifestó, que: “la concepción jurídica de la buena fe tiende

a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real”, de manera que “la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores”, en la que “la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico” que impone “considerar la <bona fides> como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad”.

- Los ordenamientos jurídicos europeos, de los cuales una muestra representativa es el español, conciben el principio de la buena fe, esencialmente desde una perspectiva de índole “moral”, que abarca dos aspectos: uno: como la ignorancia de la lesión que se ocasiona en el interés de otra persona; y otro, la rectitud y honradez en el trato, es decir, el desarrollo de deberes de conducta.
- Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, si bien herederos de la tradición europea, tienen sus particularidades, las cuales tienden más a una valoración de la conducta de las partes en el momento de la ejecución de las obligaciones, de tal forma que reconocen su fuente principal en la convención; dejando en otras normas, las fuentes subsidiarias de integración, tales como la equidad, los usos y la ley.
- Contrasta la concepción del principio de la buena fe que se advierte en el ordenamiento jurídico del Common Law, con el observado en la tradición europea y latinoamericana, en

el sentido que en aquella legislación no se reconoce a la buena fe como principio, básicamente por tres razones: En primer lugar: por el carácter individualista de este Derecho, que permite a las partes perseguir sus propios intereses siempre que no incumplan las obligaciones que han asumido en su contrato; en segundo lugar, por la gran incertidumbre que se generaría si se adoptara un principio general tan indeterminado; y en tercer lugar, por la diferente forma de desarrollo o aproximación al Derecho respecto del Civil Law, en tanto el Common Law prefiere desarrollarse gradualmente, más que por referencia a principios amplios y generales.

- Para el autor de la presente tesis de grado, en materia de aplicación del principio de la buena fe objetiva en las actuaciones precontractuales de la administración pública y en todas las actuaciones de agentes del estado y de particulares vinculados a sus procesos, la prevalencia de dicho principio, más que una connotación jurídica reglada, debe basarse en la esencia de la condición humana, según la cual, es la educación en valores y principios la que debe regir la conducta de los involucrados en las actuaciones contractuales. A nuestro juicio, en tanto la reglamentación jurídica sigue al hecho social, si tal hecho social, es decir si la actuación del agente contractual es bien intencionada, clara, diáfana, cierta, honesta y asertiva, ni siquiera se requeriría reglamentación que abunde en el señalamiento de comportamientos justos y honestos, ya de suyo, presentes en los agentes de contratación estatal.

Segundo artículo

PRESERVACIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRE CONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El segundo artículo se desarrolla también en dos apartados complementarios, el primero de ellos referido a los aspectos legales que debe tener en cuenta el contratista con el Estado, a efectos de contribuir en el equilibrio del mantenimiento del Principio de la Buena Fe en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública; en el segundo apartado, inicialmente se expondrán los controles legales que el legislador colombiano ha erigido en aras de preservar la aplicación del principio de la buena fe en las actuaciones pre contractuales de la administración pública; y luego se presentará un Manual de Buenas Prácticas, consistente en una serie de recomendaciones que deben seguir los funcionarios públicos encargados de la contratación administrativa, con el mismo propósito, es decir, con la intención de que al observar las recomendaciones efectuadas en la etapa pre contractual, que blinde a la Administración de incurrir en conductas que inadviertan la legalidad y/o la ética que debe imperar a la hora de ejecutar las actividades contractuales con las que el Estado garantiza alcanzar los fines a los que se obligó, de conformidad con lo previsto en el artículo segundo de la Constitución Política.

En el orden de ideas anunciado, se tiene:

1. La buena fe del contratista en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública.

La preservación del principio de la buena en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública, desde la perspectiva del contratista, arranca con el examen de los aspectos que éste debe observar al momento de iniciar los trámites previos conducentes a contratar con el Estado, referidos a competencia y capacidad para celebrar contratos; y a las inhabilidades e incompatibilidades, que le hacen imposible legalmente celebrarlos, lo cual se estudia brevemente a continuación, con base en las directrices que con fundamento en la normatividad vigente expone la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana “Colombia Compra Eficiente”.

1.1. Competencia y capacidad para celebrar contratos.

La determinación de la competencia para celebrar contratos con el Estado en Colombia, está reglada por lo dispuesto en la ley 80 de 1993, bajo los siguientes preceptos:

1.1.1. Competencia en sólo uno de los miembros del consorcio o unión temporal. Le es permitido a la Administración Pública fijar la exigencia de capacidad de contratación en sólo uno de los integrantes de los consorcios o de las uniones temporales, cuando se busca limitar la determinación de la capacidad de contratación, frente a uno de los asociados en cumplimiento del deber de planeación y de previsibilidad que debe tener en cuenta la entidad contratante a fin de seleccionar objetivamente al contratista.

1.1.2. Capacidad del representante legal limitado para comprometer a una sociedad.

Cuando el representante legal de una sociedad está limitado en sus facultades para comprometerla por el valor de la oferta, la entidad pública puede adjudicar un contrato a esa sociedad porque la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, es subsanable. De este modo, si el proponente no cuenta con las mismas antes de la presentación de la oferta, ésta puede ser ratificada posteriormente, para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato.

1.1.3. Capacidad residual. La capacidad de contratación residual exigida es la diferencia o resta entre la capacidad de contratación y los compromisos contractuales en ejecución para la fecha de presentación de la oferta; de acuerdo con esto, una entidad pública puede determinar la capacidad de contratación residual de una sociedad, descontando de la capacidad de contratación que tenía al momento de presentar la propuesta para el concurso de méritos, el valor de un contrato suspendido que había celebrado con una empresa pública debido a que ésta busca asegurar que el proponente tenga la disponibilidad de ejecutar el objeto del contrato. Por lo anterior, puede tener en cuenta los contratos que el oferente tiene pendientes, es decir, los que haya celebrado con otras entidades y que, al momento de aspirar a uno nuevo, no haya terminado. Mientras el proponente tenga obligaciones anteriormente contraídas, aún vigentes, éstas incidirán para que su capacidad de contratación aparezca comprometida y por consiguiente, disminuida.

1.1.4. Capacidad de las entidades públicas sin personería jurídica. Una entidad pública sin personería jurídica otorgada por la ley puede celebrar contratos estatales en su propio nombre sin que éstos se vean afectados de nulidad absoluta, debido a que la facultad para contratar otorgada por el estatuto general de la contratación estatal es independiente de su personería jurídica. En estos casos, la ley puede facultar al jefe de

la entidad para celebrar contratos y de esta manera suplir la falta de personería jurídica.

Aquí vale la pena señalar que frente a este tema hubo un cambio jurisprudencial en relación a la Contraloría General de la República ya que si bien en principio se tenía que las contralorías no estaban provistas de personería jurídica, sin embargo, esta postura la modificó el Consejo de Estado, quien estableció que la Contraloría General de la República sí estaba dotada de personería jurídica y, en consecuencia, podía ser parte en los procesos, por intermedio de su representante: el señor Contralor de la República.

1.2. Inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos

Como lo señala la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana “Colombia Compra Eficiente”, en términos generales, las inhabilidades e incompatibilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que constituyen limitaciones a la capacidad para contratar con las entidades estatales y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal. La inobservancia a este régimen es causal de nulidad del contrato celebrado. En ese contexto, se señalan:

1.2.1. El carácter taxativo y restrictivo. El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Bajo estas circunstancias las entidades públicas no pueden establecer, por ejemplo, en el pliego de condiciones causales de inhabilidades e incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la ley, pues su estipulación produciría su ineficacia de pleno derecho cuya consecuencia jurídica consiste en tenerse por no escrita. En consecuencia, al tratarse de una materia que tiene reserva legal, no resulta jurídicamente posible que una entidad pública o una autoridad pública establezcan nuevas causales que afecten la capacidad para contratar con el Estado.

1.2.2. Propósito y consecuencias. Las consecuencias sobrevinientes inhabilidades o incompatibilidades son: para el contratista ceder o renunciar al contrato, para el proponente renunciar a la participación en el proceso y a los derechos surgidos en el mismo y para el miembro del consorcio o de la unión temporal la cesión a un tercero. El propósito de proscribir la contratación con ciertas personas, en algunos casos, parte de la base de que éstas tienen ventajas individuales que pueden llevar a la ruptura del equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes. Este es el caso de:

- Quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado -inhabilidad que se extiende a sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil y a las sociedades en las cuales dichos ex directivos (o sus parientes próximos) hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad- cuando el objeto a desarrollar tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios, pues es una medida razonable para erradicar y prevenir actos de corrupción y además proscribir ventajas y privilegios que se puedan derivar de la utilización de vínculos o influencias provenientes de la entidad y los funcionarios encargados de los procesos de selección.
- Quienes sean parientes de servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o miembros de la junta o consejo directivo o de quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante, con el propósito de asegurar la

imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, frente a quienes pueden incidir en la adjudicación del contrato.

- Los parientes y representantes legales o socios de las sociedades distintas a las anónimas abiertas que hayan presentado formalmente y, en primer término, propuesta para una misma licitación o concurso, debido a que la presencia de dichas personas o socios en una misma licitación o concurso puede alternar los principios de transparencia, igualdad, moralidad y economía, en detrimento de los oferentes y los intereses del Estado, pues imposibilita la escogencia objetiva del mejor proponente e impide el acceso igualitario de los particulares.

1.2.3. Excepción al régimen. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades no aplica para sociedades donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre sus ingresos y sobre las calidades personales de los mismos, como en el caso de las sociedades anónimas abiertas. Conforme al artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, este tipo de sociedades puede celebrar contratos con el Estado, aun cuando entre sus socios estén personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión delitos que atenten con la administración pública, debido a que su diseño jurídico y la comercialización de sus acciones, les impide tener conocimiento y control sobre la actuación de sus socios. Ni los socios ni las sociedades anónimas abiertas pueden ejercer control sobre las

condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones en el mercado público de valores. En la medida que no se puede verificar si quienes compran dichas acciones han sido condenados judicialmente o si sobre ellos recae alguna inhabilidad para contratar con el Estado.

Igualmente, dentro de las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no se presenta conflicto de intereses entre la persona jurídica sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario y la entidad pública contratante. No obstante, en proceso de elecciones populares, los candidatos que celebren contratos y pertenezcan a personas jurídicas sin ánimo de lucro, aun cuando no sea formalmente en su provecho económico particular, se encuentran en una situación de ventaja frente a los otros candidatos que participan en un proceso electoral, pues la condición de benefactor que la relación contractual repercute como propaganda política en una imagen muy positiva frente a la comunidad, lo cual naturalmente influye en los resultados electorales. No es necesario que esa influencia se encuentre demostrada, pues ella se presume en estos casos.

1.2.4. Miembros de un consorcio o de una unión temporal. A diferencia de las sociedades anónimas abiertas, una entidad pública no puede celebrar un contrato con

un consorcio, en el cual uno de los miembros se encuentra inhabilitado, debido a que tanto el consorcio como la unión temporal son figuras de contratación que no constituyen una persona diferente a los miembros que la conforman. El artículo 7° de la Ley 80 de 1993 establece que las actuaciones de las personas que conforman el consorcio afectan al mismo, como sucede con la inhabilidad que sobrevenga en uno de ellos. Sin embargo, para declarar la caducidad de un contrato por la inhabilidad de alguna de las personas que conforman el consorcio o la unión temporal, es preciso determinar previamente si se trata de sociedades de personas o de acciones o si se constituyeron con objeto único y la determinación concreta de los efectos de la solidaridad pactada, debido a que control sobre los ingresos y calidades de las personas varía.

1.2.5. Inhabilidades que no requieren declaración judicial. Las inhabilidades previstas en los literales b) y e) de la Ley 80 de 1993, que se refieren a “quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado” y “quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados”, a partir del hecho de la participación en la licitación, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma, no requieren de declaración judicial; basta con la ocurrencia de los supuestos de hecho contenidos en la norma para que se configure la inhabilidad a la cual aluden.

1.2.6. Inhabilidades en los cargos de elección popular. Toda intervención en la celebración de contratos y toda celebración de contratos genera una inhabilidad para aspirar a un cargo de elección popular, aun cuando no se satisfagan a plenitud las formalidades que le son propias a cada contrato, es decir, cuando se celebra un contrato público sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Aceptar lo contrario sería suponer que sólo cuando se celebran contratos con el lleno de los requisitos legales tienen lugar la causa inhabilitante, pero que ésta no se da si el contrato se celebra, de hecho, de manera irregular.

1.2.7. Inhabilidades permanentes. La inhabilidad será permanente para contratar con el Estado, en caso de que se reincida en graves inconsistencias frente a la información que se presente en el registro de proponentes. Este tipo de medidas tienen como fin garantizar la transparencia, probidad, honestidad y moralidad en la contratación estatal ante el ilegal y reiterado comportamiento reprochable de los proponentes inscritos en el Registro Único de Proponentes - RUP. Igualmente, la inhabilidad permanente para contratar con el Estado es adecuada para cumplir el mencionado fin, más aún cuando el artículo 83 superior consagra como principio la presunción de buena fe y esta resulta defraudada por el proponente incurso en la causal para inhabilitarlo. Adicionalmente, el Congreso de la República no puede expedir una norma que establezca una inhabilidad por un término de veinte años para participar en

licitaciones y celebrar contratos con entidades estatales a: (i) personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad; (ii) personas naturales que afecten el patrimonio del Estado; (iii) o a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, sin violar el inciso 5° artículo 122 de la Constitución Política, el cual establece que dicha inhabilidad es de carácter permanente.

1.2.8. En el régimen de inhabilidades e incompatibilidades pueden estar las expresiones compañero o compañera permanente. El Congreso de la República, al regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como medidas de restricción al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal puede establecer expresiones como “compañero o compañera permanente” o “compañeros permanentes” siempre y cuando se entienda que, en igualdad de condiciones, dichas expresiones comprenden también a los integrantes de un mismo sexo.

2. La buena fe del contratista: aspectos doctrinales.

Además de las previsiones efectuadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana “Colombia Compra Eficiente”, aporta al estudio de las actuaciones del contratista en la etapa precontractual de las actuaciones de la Administración Pública en Colombia, lo anotado por reconocidos tratadistas en la materia, como a continuación se expone:

2.1. El principio de legalidad frente a los actos propios en la contratación estatal.

Para Torres-Acosta (2016), el principio de legalidad constituye una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal, por lo siguiente:

La jurisprudencia nacional ha aplicado la regla < “contra factum proprium quis venire non potest” >, en el ámbito de la contratación estatal, con fundamento en el principio de la buena fe. Esta regla dio lugar a la formulación del principio de la confianza legítima para dotar de eficacia jurídica a aquellas situaciones en las cuales un sujeto de buena fe creyó estar bajo el amparo y protección del Estado. No obstante, estas importantes aplicaciones de la buena fe quedan en discusión cuando se advierte comprometida la validez del contrato estatal. Para garantizar la eficacia de las normas imperativas que rigen la configuración del contrato estatal debe primar el principio de legalidad y, en consecuencia, restringirse la aplicación del principio de confianza

legítima que en condiciones normales le impediría a la Administración ir en contra de sus propios actos.

Explica Torres-Acosta (2016), que si la jurisprudencia ha encontrado una necesaria relación entre el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima, al igual que ha destacado su función de garantía de seguridad jurídica para los administrados, en general, frente a las decisiones de las autoridades, la articulación entre tales criterios –buena fe, no venir contra los propios actos y confianza legítima– también ha sido evidenciada, en particular, en el ámbito negocial de la Administración (Consejo de Estado, Sentencia de 10 de marzo de 2011); y que así entendida, la aplicación de la doctrina de los actos propios, en estricto rigor, resultaría procedente en casos en los cuales exista una decisión que sólo pueda ser adoptada de manera discrecional y unilateral por la Administración; este presupuesto claramente no es verificable, no al menos en el preciso escenario de la configuración del contrato estatal.

Esto es así, manifiesta Torres-Acosta (2016), fundamentalmente por dos razones: la primera, porque desde el punto de vista formal tal configuración tiene un carácter reglado; la segunda, porque desde el punto de vista material tal configuración sólo tiene lugar por la necesaria concurrencia de las voluntades de la Administración y del contratista. De allí que la interpretación del contrato estatal tiene como punto de partida la verificación de la intención de

las partes, expresada por supuesto en unos determinados contenidos o estipulaciones contractuales.

En esa misma perspectiva, si la regla de los actos propios que sirve de sustento al principio de la confianza legítima constituye un desarrollo del principio general de la buena fe, lo cierto es que tal principio tampoco resulta un factor determinantemente característico de un actuar discrecional ni unilateral de la Administración Pública contratante, comoquiera que esa buena fe se exige tanto al contratante como al contratista; y, de otra parte, el alcance mismo de esa buena fe negocial exigible al Estado no puede partir de las elaboraciones que a tal principio corresponden para las relaciones jurídicas entre particulares, puesto que, “como en todos los aspectos de la contratación del Estado en donde se antepone la primacía del interés general, la buena fe administrativa mira más hacia esta finalidad que hacia el interés pecuniario de la Administración.

Concluyendo que, aun si fuera posible admitir la posibilidad de predicar la doctrina de los actos propios de la disciplina del contrato estatal, lo que sí resulta en todo caso irrefutable es que tal doctrina no opera con carácter absoluto, ni irrestricto, sino que tiene límites y excepciones. Es así como, justamente, cuandoquiera que se trate de las relaciones jurídicas de carácter negocial, incluso una formulación conceptual rigurosa de esta doctrina admite categóricamente que es lícito “venire contra factum proprium” cuando se trata de impugnar un negocio ineficaz.

2.2. La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública.

Sostiene Sarmiento (2016), que los riesgos contractuales previsibles carecen de reglas específicas en el régimen de "derecho común", y que, la autonomía de la voluntad privada usualmente resuelve este vacío por medio de disposiciones contractuales accesorias. Con todo, en el derecho público de la contratación estatal, la rigidez del proceso precontractual impone deberes de tipificación, estimación y asignación de riesgos que no parecerían estar definidos por el régimen jurídico pertinente. En consecuencia, debido a la dispersión normativa de la contratación administrativa, el régimen jurídico de los riesgos previsibles se encuentra indeterminado, muy a pesar de la inflexibilidad normativa de la etapa de diseño contractual.

Para Sarmiento (2016), la rigidez de las normas de la contratación pública en la selección del contratista y el diseño de las convocatorias a ofertar se contraponen en buena medida a la flexibilidad del "derecho común". El régimen de derecho público obliga a que las entidades públicas, en cada caso y desde la etapa previa a la selección del contratista, tipifiquen, estimen y asignen los riesgos previsibles del contrato que sería celebrado. Con todo, el régimen general no parecería tener mucho que aportar a la tipificación, estimación y asignación de riesgos

previsibles, debido a que estos se construyen, en cada contrato, en el marco de la autonomía de la voluntad privada.

No obstante, las normas de contratación pública extrañan una regulación sobre la tipificación de los riesgos previsibles, y por lo anterior se encuentran expuestas a asignar riesgos por conveniencia o incluir contingencias inciertas en los contratos administrativos. La tipificación, la estimación y la asignación de los riesgos desbordan con frecuencia la capacidad jurídica de las entidades contratantes, y en otras ocasiones ponen en duda la conmutatividad de algunos contratos públicos.

Los intentos regulatorios o la enunciación de políticas públicas de contratación estatal parecerían provocar más confusiones que soluciones; así, la frontera entre el hecho imprevisible y los riesgos previsibles ha sido diluida desde la construcción de instrumentos que, al momento de describir y sugerir su asignación, han acudido a una cimentación desde lo imaginable y lo inimaginable, y han provocado que, en la práctica, las contingencias inciertas queden incluidas en los contratos administrativos.

Lo anterior tiene consecuencias claras en la responsabilidad contractual e individual de los funcionarios públicos que diseñan los contratos administrativos, pues la indebida tipificación,

estimación y asignación conduce a litigios contra el Estado y a la imputación de responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales.

Y concluye, que, aunque, los riesgos previsibles se encuentran en una regulación normativa que no podría desplegarse por medio de una norma general y abstracta, la ausencia de lineamientos sobre la metodología y la tipificación de estos riesgos continúa extraviando el principio de responsabilidad y extendiendo los conflictos del Estado con sus contratistas.

3. Controles legales para la preservación de la buena fe en las actuaciones pre contractuales de la Administración Pública.

Conforme lo señala la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana “Colombia Compra Eficiente”, todas las personas en Colombia tienen derecho a verificar que la administración pública y los particulares que ejercen funciones públicas desarrollan sus actividades en prevalencia del interés general y administran de manera transparente y eficiente los recursos públicos. Así mismo, tienen el derecho y el deber de ejercer control social para intervenir en asuntos de interés general y del bien común. Derecho y deber, conocido como < control ciudadano>.

Por su parte, tanto la propia Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como todos los funcionarios y/o contratistas involucrados en la actividad administrativa contractual, están sujetos a los respectivos controles definidos en la Constitución y en la ley, los cuales son ejercidos por los órganos de control enunciados a continuación.

3.1. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República (CGR) es el máximo órgano de control fiscal del Estado. Como tal, tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 267, establece que: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación".

A la Contraloría le compete evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado, examinar la razonabilidad de los estados financieros de los sujetos de control fiscal, establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, imponer las sanciones pecuniarias que correspondan, procurar, igualmente, el resarcimiento del patrimonio público, etc.

3.2. Procuraduría General de la Nación (PGN)

La Procuraduría General de la Nación es la entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado. Es el máximo organismo del Ministerio Público, conformado además por la Defensoría del Pueblo y las personerías. Vigila el correcto funcionamiento de la función pública, para salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, garantizar la protección de los derechos humanos e intervenir en representación de la sociedad para defender el patrimonio público.

Es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas o manejan dineros del Estado, de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario o Ley 734 de 2002 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

En materia contractual, para la Procuraduría la función más importante está dado por el establecimiento de mecanismos de prevención en el desarrollo de dicha gestión, en tanto considera que sólo a través de una cultura de gestión pública nueva, fundamentada en el análisis

de riesgos, en la planeación estratégica y en el autocontrol puede construirse una nueva institucionalidad que relegitime el Estado Social de Derecho¹⁹.

Para la Procuraduría, teniendo en cuenta que la contratación estatal y el sistema de compras público son la máxima herramienta de concreción de los derechos humanos; por la relevancia de esta actividad, el control y la vigilancia de los organismos competentes debe hacer énfasis en la prevención de hechos que menoscaben la gestión pública involucrada.

3.3. La Fiscalía General de la Nación

Es una entidad de la rama judicial del poder público con plena autonomía administrativa y presupuestal, cuya función está orientada a brindar a los ciudadanos una cumplida y eficaz administración de justicia.

De acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación se encarga de investigar los delitos, calificar los procesos y acusar ante los jueces y tribunales competentes a los presuntos infractores de la ley penal, ya sea de oficio o por denuncia.

¹⁹ Procuraduría General de la Nación, Cartilla institucional (2015): ¿Cómo ejercer control sobre la gestión contractual del estado? Bogotá D.C.

Específicamente en los asuntos contractuales del estado, esta entidad se encarga de adelantar los juicios fiscales, producto de procesos de Auditorías y desarrollo de los Planes Generales de Auditoría (PGA), que buscan examinar el comportamiento de las entidades del estado, administrando los Recursos Públicos.

Como respuesta a estas auditorías, el ente de Control fiscal al evidenciar que existe daño al patrimonio público inicia procesos fiscales en contra de quienes así lesionaron el erario, producto de actividades económicas y jurídicas.

A partir de los escándalos que se han suscitado en la Contratación Pública regional y nacional, el legislador decidió dotar a las Contralorías de herramientas que lleven a la conclusión en materia contractual, que el ordenador del gasto ha actuado presuntamente con culpa grave o dolo. En consecuencia, por esta vía, se invierte la carga de la prueba a quienes fungen como gestores fiscales y presuntamente hayan ocasionado producto de su actividad un daño al patrimonio del Estado.

3.4. Congreso de la República

Es un cuerpo colegiado de composición bicameral (Senado y Cámara de Representantes) que ejerce fundamentalmente tres grandes funciones: (i) reformar la Constitución, (ii) hacer las leyes, y (iii) controlar políticamente al ejecutivo (gobierno y administración).

De conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso ejerce control sobre las decisiones y actuaciones que se efectúen con base en las disposiciones legales y reglamentarias, que le sean dadas para el cumplimiento de sus objetivos y metas.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-246/04, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, la razón de ser de la competencia del legislador en materia contractual radica en la necesidad identificada por el constituyente de asegurar la intervención del órgano colegiado de representación popular en un proceso que como el contractual, compromete la responsabilidad y el patrimonio nacional.

De ahí que se haya dicho que la ley de autorizaciones es el beneplácito legislativo para que el Gobierno ejerza una función propia dentro de su ámbito constitucional, ya que el ejercicio mismo de la actividad contractual es una facultad privativa del Gobierno, que debe contar con la

aprobación del Congreso, como manifestación del ejercicio coordinado y armónico de la función pública.

Conforme la citada sentencia, al Congreso no le corresponde limitarse a extender la respectiva autorización legal, sino que, como órgano de representación popular y en ejercicio del control político que le corresponde, también debe hacer un seguimiento y una evaluación imparcial acerca del ejercicio de las autorizaciones conferidas, como quiera que se trata del ejercicio de funciones que compromete en forma significativa los intereses nacionales.

Y que, en lo relativo a las atribuciones consagradas en los artículos 150-9 y 189-23 Constitucionales, tanto el legislador como el gobierno ejercen en forma separada pero concurrente sus competencias, pues el primero extiende por medio de ley una autorización para contratar, y vigila efectivamente el cumplimiento de la misma como expresión del control político; al paso que el segundo tiene iniciativa exclusiva para solicitar la expedición de la ley de autorización y la competencia para celebrar autónomamente los contratos respectivos.

3.5. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en materia contractual ejerce una labor más de seguimiento que de control propiamente dicho. Se encarga de coordinar la política

macroeconómica; define, formula y ejecuta la política fiscal del país; incide en los sectores económicos, gubernamentales y políticos; y gestiona los recursos públicos de la Nación, desde la perspectiva presupuestal y financiera, mediante actuaciones transparentes, personal competente y procesos eficientes, con el fin de propiciar las condiciones para el crecimiento económico sostenible, y la estabilidad y solidez de la economía y del sistema financiero; en pro del fortalecimiento de las instituciones, el apoyo a la descentralización y el bienestar social de los ciudadanos.

3.6. La Contaduría General de la Nación

Igualmente, como órgano de seguimiento de la actividad contractual del Estado, es la Entidad rectora responsable de regular la contabilidad general de la nación, con autoridad doctrinaria en materia de interpretación normativa contable, que uniforma, centraliza y consolida la contabilidad pública, con el fin de elaborar el Balance General, orientado a la toma de decisiones de la administración pública general, que contribuye a la gestión de un Estado moderno y transparente.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 354 de la Constitución Política, al Contador General le corresponde elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.

3.7. El Departamento Administrativo de la Función Pública

También como órgano de seguimiento de la actividad contractual estatal, es la Entidad técnica, estratégica y transversal del Gobierno Nacional que contribuye al bienestar de los colombianos, mediante el mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones, en el territorio nacional.

El sector Función Pública está integrado por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), es la entidad descentralizada de carácter universitario que también tiene presencia regional.

Son funciones del Departamento, además de las señaladas en las Leyes 489 de 1998, 872 de 2003, 909 de 2004, 962 de 2005, 1474 de 2011, 1712 de 2014, y 1757 de 2015 y el Decreto Ley 019 de 2012, la de Formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

3.8. La Comisión Nacional del Servicio Civil

Por último, en este ítem, como autoridad de seguimiento de la actividad contractual del estado, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) es un órgano autónomo e independiente, del más alto nivel en la estructura del Estado colombiano, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y no hace parte de ninguna de las ramas del poder público.

Su misión es posicionar el mérito y la igualdad en el ingreso y desarrollo del empleo público; velar por la correcta aplicación de los instrumentos normativos y técnicos que posibiliten el adecuado funcionamiento del sistema de carrera; y generar información oportuna y actualizada, para una gestión eficiente del sistema de carrera administrativa.

4. Controles a la actividad pre contractual de la Administración Pública en Colombia

Los controles a la actividad pre contractual de la Administración Pública en Colombia, está dada, en primer lugar, por la observancia de los principios que deben seguirlos agentes estatales involucrados en dichas actividades, los cuales fueron ya expuestos en el Primer Artículo, Capítulo I, ítem 1.1.2. de la presente tesis de grado; y en segundo lugar, por las prescripciones que en cada una de las acciones de la actividad pre contractual deben atender según el tipo de contrato a suscribir, de conformidad con la legislación positiva que los rigen y con las precisiones que al respecto hayan hecho, tanto los órganos de control de la actividad contractual

del estado (ya referidos), como en especial, las efectuadas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en su condición de última instancia de lo contenciosos administrativo y las de la Corte Constitucional, en tanto guardiana de la constitucionalidad del estado en Colombia.

En ese orden de ideas, se mencionarán a continuación los controles que en las actividades precontractuales de la Administración Pública ha señalado la legislación vigente pertinente y las precisiones efectuadas por Consejo de Estado y Corte Constitucional, de acuerdo al tipo de contrato que se vaya a suscribir.

4.1. Acatamiento al Principio de planeación

Si bien como se dijo, el primer control a la actividad pre contractual de la Administración Pública debe ser la observancia de los principios que la rigen, en términos pragmáticos, el Principio de Planeación se erige como el primer filtro determinante de la actividad pre contractual, toda vez que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión, la improvisación o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a reales necesidades de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales.

La planificación es la base y el soporte fundamental del contrato, permitiendo que éste se ajuste a las necesidades de las partes y que los recursos sean utilizados de manera eficiente y eficaz. Por lo tanto, en la planeación se requiere información detallada, concreta y confiable, así como la estimación precisa del objeto, el plazo, el valor de lo acordado, los recursos necesarios y fuentes de los recursos además de una valoración y previsión de los riesgos, esto debido a que cualquier omisión que se cometa en esta etapa se refleja en el desarrollo del proceso de selección o en la ejecución del contrato. Las fallas o errores en ese proceso pueden redundar en la declaración de desierta o nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustarlo a la realidad del bien o servicio prestado o el quebrantamiento de la ecuación contractual. (Carrillo, 2007).

Conforme lo ratifica la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 31 de agosto de 2006, radicación R-7664, las entidades oficiales tienen la obligación de respetar y cumplir el principio de planeación. Por ello es fundamental la elaboración de estudios previos en cuanto a la necesidad de celebración del contrato, justificaciones, la calidad de las obras, costos valores, alternativas, precios reales, disponibilidad de recursos y la capacidad financiera de la entidad contratante para asumir los pagos.

4.2. Controles generales en las actividades pre contractuales

De acuerdo con lo señalado en la ley 80 de 1993 y normas concordantes, en Colombia, las modalidades de selección para adjudicar contratos estatales son:

- **Licitación pública:** procedimiento mediante el cual la Entidad Estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.” Salvo norma especial la licitación pública es la modalidad de selección general, es decir se aplica en todos los casos que no tengan otra modalidad asignada.
- **Mínima cuantía:** procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento de la menor cuantía de las Entidades Estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales.

La modalidad de selección de mínima cuantía es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la Entidad Estatal, sin importar la naturaleza del contrato.
- **Contratación directa:** mecanismo de selección del contratista, el cual opera en los supuestos enunciados en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, los cuales son: empréstitos; interadministrativos, con excepción del contrato de seguro; prestación

de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; arrendamiento o adquisición de inmuebles; urgencia manifiesta; declaratoria de desierta de la licitación o concurso; de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional; cuando no exista pluralidad de oferentes; productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; en esta modalidad no es necesario recibir varias ofertas para la celebración del contrato.

- **Concurso de mérito:** modalidad de selección en el cual se elige al contratista en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, con el fin de escoger la persona más idónea para la realización del objeto contractual. Según la ley 1150 de 2007 “Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.” Los contratos de consultoría, necesarios realizar estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, al igual que las

asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, deben ser adelantados bajo esta modalidad.

- **Selección Abreviada:** según la ley 1150 de 2007 se adelantará en los casos en que las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, permitan un proceso simplificado, garantizando siempre la selección objetiva del contratista. La ley ha determinado como causales:
 - - La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.
 - - La contratación de menor cuantía.
 - - Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.
 - - La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial.
 - - La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

- - Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.
- - Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- - Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden.
- - La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Frente a todas las modalidades de selección mencionadas, existen los siguientes controles generales que, independientemente de la que se esté desarrollando, siempre deben observarse, a saber:

- Posibilidad del seguimiento en tiempo real en la etapa precontractual, con sujeción a las normas para el ejercicio del control interno.
- Revisión de la información publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).
- Los estudios previos, en particular el estudio de mercado presentado por el área que solicita la contratación.
- El pliego de condiciones y las adendas.
- La evaluación preliminar y final de las propuestas.
- Las observaciones presentadas.
- Las respuestas brindadas por la entidad en cualquier etapa.
- Las resoluciones de adjudicación y/o terminación anormal del proceso.
- Contraste integral o por muestreo, de la Información básica de las propuestas presentadas, y de la evaluación técnica, jurídica y financiera realizadas.
- Verificación del cumplimiento de los procedimientos y plazos establecidos según modalidad contractual en el Manual de Contratación de la entidad.

- Posibles actividades de seguimiento de la OCI²⁰.
- Verificación del cumplimiento de los plazos legales y el cronograma previsto en el pliego y/o sus adendas.
- Verificación del cumplimiento en la aplicación de los controles definidos para los riesgos contractuales en el Manual de Contratación de la entidad.
- En los casos en que se presenten quejas o denuncias, escritas o verbales, o información para validar o verificar que sean de conocimiento de la OCI durante la etapa pre-contractual, se debe proceder con la verificación de la información relacionada, para dar un balance a los responsables del proceso en caso de ser necesario, o al comité de contratación si existe en la entidad, y brindar respuesta oportuna a dichas quejas o denuncias.
- Realizar el muestreo selectivo a partir del plan anual de adquisiciones de la entidad, de un porcentaje representativo de los procesos en las modalidades: licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y subasta inversa; antes que las otras modalidades, por criterios de: monto de contratación, complejidad de los objetos contractuales y áreas ordenadoras del gasto. Con esto se logra cubrir menos de un 50% de los procesos contractuales convocados, pero más de un 80% de los procesos por valor presupuestal.

²⁰ OCI: Oficina de Control Interno de cada entidad.

- Diseño y uso de instrumentos que recojan las principales variables de análisis por parte de la OCI, que se constituyan en soporte de consulta del seguimiento realizado por cada proceso contractual.
- Producir informes periódicos con el balance estadístico de varios procesos, con datos como: empresas que participan en proceso vs. empresas que participan en estudios de mercado; porcentaje de evaluaciones preliminares modificadas y principales motivos; procesos desiertos y descartados y principales motivos; ahorros en los procesos contractuales adjudicados, en contraste con los montos establecidos en el plan anual de adquisiciones; balance de cumplimiento de las normas contractuales y procedimientos del manual de contratación de la entidad; síntesis de las quejas e información verificada por parte de la OCI.
- Producir informes periódicos con el balance estadístico de varios procesos, con recomendaciones sobre: controles aplicados y a aplicar, publicación íntegra y oportuna de documentos en SECOP, oportunidad en el desarrollo de diversas etapas del proceso, atención a la ciudadanía y partes interesadas durante el desarrollo del proceso, actualizaciones del manual de contratación, puntuales o específicas a cada proceso, por aspectos técnicos especializados o normas técnicas o regulación aplicable (de obras civiles, de ejercicio de la ingeniería, de la salud, etc.).
- En la etapa precontractual se entienden como responsables de los procesos de contratación: los abogados del área jurídica, los servidores públicos de las áreas que

formulan los estudios previos para el proceso de contratación, los servidores públicos que participan en la evaluación de las propuestas que presentan las empresas, el comité de contratación (si existe) y los ordenadores del gasto. Todos ellos deben atender sus actuaciones en cumplimiento de las normas de contratación y del manual de contratación de la entidad, vigentes.

- Filtrar información sobre procesos contractuales que adelanta la entidad.
- Direccionamiento de la contratación desde el pliego de condiciones y los estudios previos.
- Estructuración de especificaciones técnicas y condiciones de evaluación manipulables para beneficiar a terceros.
- Errores en la elaboración y consolidación de las evaluaciones de las propuestas.
- Concentración de poder en la gestión de etapas clave del proceso contractual y en la custodia de los registros relacionados.
- Cuantía de la contratación, lo cual debe evaluarse en cada entidad frente al presupuesto total del plan anual de adquisiciones.
- Tener en cuenta probable vulneración de derechos de las comunidades durante la ejecución del objeto contractual.
- Verificar denuncias por afectación de la transparencia o posibles actos de corrupción, que puedan ser trascendentes en los resultados del proceso.

- Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad.
- Velar por el cumplimiento de las leyes, normas y procedimientos.
- Seleccionar la muestra de contratos por variables como: Objeto y valor contratado, complejidad de las obligaciones contractuales, las quejas o denuncias que se presenten, área ordenadora de gasto, los productos/servicios esperados (cantidades y calidades), los retrasos en ejecución, los otros sí, adiciones o modificaciones, el aporte en el cumplimiento del plan de acción anual, etc.

4.3. Controles específicos según modalidad de selección

Las previsiones de controles generales, que aplican para cualquier modalidad de selección en las actividades pre contractuales de la Administración Pública, se complementan con los siguientes específicos, según modalidad de contratación:

4.3.1. En la Licitación Pública. Tener en cuenta que procede:

- Cuando el monto de la contratación supere la menor cuantía de la entidad, siempre y cuando no se trate de bienes o servicios de común utilización y de características

técnicas uniformes, ni de contratos de consultoría. Las cuantías son el resultado del presupuesto aprobado para la entidad, en cada vigencia, de acuerdo al monto determinado por el artículo 2 de la Ley 1150 de 2011.

- Cuando el objeto de la contratación involucre no solamente el contrato de consultoría, sino también otro tipo de obligaciones principales, como es la ejecución de proyectos que incluyen el diseño y construcción de obras que superan la mínima cuantía.
- Cuando no aplique ninguna otra modalidad de selección prevista en la Ley.
- En el proceso licitatorio se hace obligatoria: - La publicación en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP hasta tres (3) avisos, dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación, con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato. - La celebración de una audiencia de asignación de riesgos y aclaración del pliego de condiciones. (Artículo 4 Ley 1150 de 2007) - La adjudicación del contrato se realiza en Audiencia pública con la presencia del ordenador del gasto de la unidad ejecutora. De lo ocurrido en la Audiencia se levanta un acta por parte del Líder de Contratación, específicamente por el Profesional asignado en el Equipo de Contratación. (Artículo 9 Ley 1150 de 2007).

4.3.2. En la modalidad de selección de mínima cuantía. Aspectos importantes:

- Se exige verificación de capacidad financiera cuando el pago no se hace contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios, así como cuando se paga mediante anticipo o pago anticipado.
- En la invitación se debe indicar como se hará la verificación de la capacidad financiera y el documento(s) idóneo(s) para acreditarla.
- La oferta y su aceptación constituyen el contrato, por lo cual, no se requiere una minuta adicional.
- En la aceptación de la oferta se debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.
- El único factor de ponderación es el precio.
- Hay libertad de exigir o no garantías según el nivel de riesgos.
- No se exigirá la inscripción en el RUP de los proponentes.
- Cuando se trate de adquisición de bienes en grandes superficies, cuyo valor no excede del 10 % de la menor cuantía, se debe tener en cuenta que: a) La invitación debe estar dirigida a por lo menos dos grandes superficies. Se tendrá en cuenta lo que disponga Colombia Compra Eficiente acerca de la Tienda virtual. b) Hay libertad de exigir o no garantías. c) La oferta y su aceptación constituyen el contrato.

- En los Procesos de Contratación adelantados bajo las modalidades de selección de mínima cuantía y contratación directa, no es necesaria la expedición y publicación del aviso de convocatoria en el SECOP.

4.3.3. En la modalidad de selección abreviada. Tener en cuenta:

- Que en el evento en que solamente resultare habilitado un oferente para participar en la subasta, la Unidad Ejecutora adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta no exceda el presupuesto oficial indicado en los pliegos de condiciones y ajuste su oferta a un descuento mínimo establecido en los respectivos pliegos.
- Según se disponga en el pliego de condiciones y a efecto del ajuste de la oferta, la Unidad Ejecutora invitará al proponente habilitado a una negociación en la que, en aplicación de los principios de economía y transparencia, obtenga un menor precio de la oferta inicialmente presentada por parte del único habilitado, cuyo rango de mejora no podrá ser inferior al descuento mínimo indicado en el Pliego de Condiciones, el cual debe estimar un porcentaje de descuento que se hubiera obtenido si hubiese habido puja.
- Si la negociación fracasa, la Entidad debe declarar desierto el proceso contractual conforme lo haya previsto como causal de desierto el Pliego de Condiciones, y podrá

reiniciarlo en los términos previstos para este proceso de selección, en la ley y el reglamento.

- No se hará efectiva la garantía de seriedad de la oferta si la negociación fracasa.

4.3.4. En la modalidad de concurso de méritos.

- Verificar los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión.
- Examinar los estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos.
- Determinar las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, así como los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.
- La entidad podrá, previa justificación en los estudios previos del proceso, hacer uso de la precalificación, dependiendo de la magnitud del proceso y de si la entidad cuenta con la metodología de trabajo para efectos del desarrollo del proyecto o requiere que sea el proponente quién la suministre y la Unidad Ejecutora la evalúe dentro del proceso de selección.

4.3.5. En la modalidad de contratación directa. Tener especial cuidado con lo siguiente:

- Se requiere la elaboración de un Acto Administrativo por el cual se justifica la contratación directa, el cual, además de contener las características señaladas en el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, debe exponer las razones de hecho y de derecho que motivan contratar bajo esta modalidad.
- El anterior requisito no se hace necesario, cuando se trate de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como cuando se trate de contratación de empréstitos.
- El Acto administrativo de Justificación debe ser publicado en el SECOP dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.
- Cuando se trate de una urgencia manifiesta, el acto administrativo mediante el cual se declara, no requiere ir soportado por estudios y documentos previos, análisis de sector ni matriz de riesgos.
- Para verificación, control y vigilancia por parte de los órganos de control, se deberá enviar el expediente con toda la documentación, en el término establecido en los artículos 42, 43 de la Ley 80 de 1993.
- Los contratos de Empréstito como los que se requieren para la adquisición de bienes inmuebles, requieren autorización previa del Comité de Contratación de la entidad.

MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE EN LAS ACTUACIONES PRECONTRACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En esta segunda parte del segundo y último de la tesis de maestría, se presenta un catálogo de buenas prácticas sugeridas para todos los agentes estatales involucrados en los procesos de contratación de la Administración Pública colombiana, que constituye la respuesta objetiva a la hipótesis o problema jurídico planteado, es decir a evidenciar la ausencia de un cuerpo normativo unificado que establezca de manera concluyente los comportamientos, previsiones y recomendaciones necesarias para hacer prevalecer el principio de la buena fe de todos los agentes gubernamentales y contratistas involucrados en las actuaciones precontractuales de la Administración Pública; y que si bien si bien por la delimitación del tema de investigación, está dirigido especialmente a las actividades que se verifican en la etapa precontractual, en tanto prescripciones éticas, aplica a todas las etapas de la contratación estatal.

De hecho, la intencionalidad y principal justificación de la investigación realizada, la constituye la pretensión de aportarle, desde la academia, a la Administración Pública y a la sociedad en general, un completo catálogo de buenas prácticas en la gestión de la contratación estatal, que de ser acogidas por los responsables institucionales y también por los oferentes y contratistas, redundarán en la mejora del clima de corrupción que actualmente carcome la institucionalidad colombiana.

Dado que en Colombia existen ya documentos institucionales de buenas prácticas en materia de contratación estatal, a fin de no entregar solamente lo que ellos consignan, se hizo un parangón y análisis de uno similar de la República de Chile, con lo cual lo aquí consignado enriquece el catálogo de previsiones dirigido a los encargados estatales colombianos de la gestión contractual.

De acuerdo con lo expuesto, el Catálogo de Buenas Practicas sugerido, es el siguiente:

1. Objetivo general del manual de buenas prácticas

El Manual de Buenas Prácticas tiene por objetivo instalar una cultura de excelencia y mejoramiento continuo en la gestión del Gobierno, además de favorecer a la generación de ambientes laborales saludables y estimular el compromiso del personal con la función pública y sus valores fundamentales: transparencia y probidad.

Este Manual es un instrumento que contiene un conjunto de directrices y buenas prácticas laborales en materia de transparencia y probidad seleccionadas a partir de las principales normas que regulan a la institución, junto a otras valoradas a nivel nacional e internacional en diferentes organizaciones.

El Manual de Buenas Prácticas está constituido por un conjunto de sugerencias específicas para la realidad actual del Gobierno Nacional, aplicable a los gobiernos departamentales y municipales y a los entes administrativos que manejan procesos de contratación pública. En su conjunto, pretenden orientar a la dirección del organismo respecto de qué pasos seguir y qué medidas adoptar en su proyecto de llegar a ser un ejemplo en materia de transparencia y probidad.

2. Objetivos específicos del Manual de buenas prácticas

Como objetivos específicos del manual contemplan, se contemplan los siguientes:

- Dar pleno cumplimiento a las normas que rigen el quehacer público.
- Precaver y erradicar todo tipo de discriminaciones.
- Garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- Facilitar una mayor compatibilización de las obligaciones laborales y las responsabilidades familiares.
- Asegurar que los encargados institucionales que desarrollan los procesos de contratación pública den a los administrados un trato justo, digno y no discriminatorio, que propenda por el desarrollo de su trabajo de forma más eficiente y eficaz.

3. Valores institucionales

Todo servidor público que desarrolle actividades administrativas contractuales, debe observar y promover los siguientes valores institucionales:

3.1.Bien Común. Constituye la razón de ser del Estado, y por lo tanto de la función pública, consiste en la búsqueda del bienestar de la comunidad de acuerdo a su identidad, valores y forma de vida propios. Las personas orientadas al bien común priorizan el bienestar general de la comunidad por sobre los intereses particulares.

3.2.Responsabilidad. Es un compromiso esencial con los demás y con la institución, según el cual, se asume la obligación de responder por lo que se hace o deja de hacer, poniendo cuidado y atención especial en las decisiones que se toman. Siempre dar la cara por los actos realizados y sus consecuencias.

3.3.Eficiencia. Consiste en utilizar los medios disponibles de manera racional para llegar a una meta. Se trata de la capacidad de alcanzar un objetivo fijado con anterioridad en el menor tiempo posible y con el mínimo uso posible de los recursos, lo que supone una optimización.

3.4.Respeto. Mediante el cual, siempre se debe tener en cuenta y apreciar a quienes nos rodean, esforzarse por comprender de manera empática los distintos puntos de vista y situaciones particulares, tratar a las personas con dignidad y no menospreciarlas por sus opiniones. No atropellar a los demás al interactuar con ellos, ni insultar, maltratar o agredir ni física ni verbalmente.

3.5.Trabajo en Equipo. Es importante que los servidores públicos que desarrollan las actividades administrativas contractuales, desarrollen sus labores en un marco de trabajo conjunto, coordinado, multidisciplinario y comunicado que permitan obtener resultados y soluciones cada vez mejores.

3.6.Sujeción a la normatividad y jurisprudencia vigente. En Colombia es principio general de derecho el acato a la normatividad vigente, tanto en materia contractual como en toda actuación administrativa, especialmente de parte de los servidores públicos y también de los particulares. Así lo disponen los artículos 6 y 122 de la Constitución Política. Por otra parte, el artículo 10 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, por manera que, al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades deben aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su

competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

3.7.Tolerancia. Por el cual los administrativos encargados de la contratación pública deben aceptar la diversidad de opinión, social, étnica, cultural y religiosa. Desarrollar la capacidad de saber escuchar y aceptar a los demás, valorando las distintas formas de entender y posicionarse en la vida, siempre que no atenten contra los derechos fundamentales de las personas, ni vayan en contravía de la institucionalidad y de las reglamentaciones legales vigentes.

4. Principios de conducta que deben gobernar las actuaciones administrativas precontractuales

Si bien en el Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública colombiano, elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, no se anuncian los principios que lo rigen, al paso que en el Manual chileno se mencionan algunos, desde este trabajo de investigación, contextualizando la realidad colombiana, se sugiere tener en cuenta los siguientes principios de conducta:

- Realizar el trabajo con una conducta intachable.
- Desempeñar sus funciones con honestidad y lealtad.

- Trabaja de manera desinteresada y objetiva para todos los particulares y en general habitantes del territorio nacional, involucrados en las gestiones contractuales de la administración pública.
- Privilegiar siempre el interés público por sobre los intereses particulares.
- Realizar una gestión eficiente, utilizando los medios apropiados de diagnóstico, decisión, evaluación y control.
- Ejercer con rectitud el poder público que se ha conferido a la institución
- Adoptar decisiones en forma razonable e imparcial.
- Ejecutar las normas, planes, programas y acciones con rectitud, probidad y honestidad.
- Administrar y gestionan los recursos públicos con integridad y profesionalismo
- Cumplir cabal y oportunamente las funciones que encomienda la ley.
- Garantizar el acceso de todos los habitantes a la información pública pertinente de todos los procesos de contratación que desarrollen.

5. Compromisos. Los servidores públicos, conforme se estipula en el presente Manual se comprometen a:

- Desempeñar el cargo con eficiencia, eficacia y legalidad.

- Tratar a todas las personas en forma equitativa y con respeto, sin efectuar discriminaciones por motivos de raza, sexo, edad, religión, opinión política, orientación sexual, nacionalidad, origen social o por cualquier otra razón arbitraria.
- Rechazar cualquier tipo de presión o beneficios que signifiquen privilegiar a una persona por sobre otra.
- No hacer valer la posición que se tiene para influir sobre alguna persona con el objeto de conseguir beneficios directos o indirectos.
- Manejar responsablemente el dinero, los bienes y demás recursos de la institución, utilizándolos solamente para los fines para los cuales han sido destinados, y nunca para provecho propio o de terceros.
- Ocupar el tiempo de la jornada de trabajo para el desempeño de las funciones del cargo.
- No pedir ni aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza, excepto aquellos otorgados como manifestaciones de cortesía y buena educación.
- Abstenerse de participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que pueda restar imparcialidad.
- Abstenerse de intervenir en asuntos en que se tenga interés personal, o en que lo tengan el cónyuge, parientes o amigos.

- Denunciar con buena fe, las faltas de probidad que se observen al interior del organismo, a las autoridades para dar curso a las acciones pertinentes.
- No efectuar acusaciones falsas, infundadas o maliciosas, formal o informalmente, en contra de ninguna persona.

6. Recomendaciones de buenas prácticas para preservar la buena fe en la en las actuaciones precontractuales de la administración pública

Del compendio de buenas prácticas para preservar la buena fe en las actuaciones precontractuales de la administración pública existentes en Colombia, aportadas por instituciones representativas de la actividad contractual, tales como el Departamento Nacional de Planeación, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombiana, el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), El Sistema Integrado de Gestión de la Presidencia de la República – SIGEPRE, el Conpes 3714 sobre el riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, entre otras, se extraen las siguientes recomendaciones, con las cuales se cierra el presente trabajo de grado y se aspira a contribuir en el saneamiento de los procesos de contratación, específicamente en la etapa pre contractual investigada.

Las recomendaciones efectuadas, se estructuran de la siguiente manera:

6.1.Estricta aplicación del principio de planeación

Como ya se ha señalado, toda la gestión contractual debe comenzar con un ejercicio obligatorio de planeación que pretende identificar la necesidad, la oportunidad, la pertinencia de la contratación y buscar el cumplimiento de los propósitos, objetivos, metas y prioridades de la Entidad.

Este principio consiste en que cada una de las etapas del proceso de adquisición de bienes, obras y servicios están enmarcadas en factores de eficiencia dados por la calidad, la entrega oportuna de la información y la realización de cada etapa conforme los cronogramas o plazos previstos para su realización.

De otro lado, pretende evitar que la selección de un contratista, la suscripción de un contrato, su ejecución y liquidación, sea producto de la improvisación.

La actividad de planeación parte por identificar, programar y ejecutar las actividades programadas en el Plan Anual de Adquisiciones, el cual se convierte en uno de los medios en los que se refleja el ejercicio de planeación, necesario para cada contratación. A su vez, en el

artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en la subsección 1 de la sección 2 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 “Planeación” - “Estructura y documentos del Proceso de Contratación”, del Decreto 1082 de 2015, se establece que previo a la apertura de un proceso de selección o de la suscripción del contrato, según la modalidad utilizada, la dependencia del que requiera el bien, servicio u obra, elaborará el insumo técnico o estudio previo cuando corresponda de acuerdo a las necesidades que tenga la dependencia. Ésta deberá establecer el objeto, el alcance y el tipo de contratación según los criterios establecidos.

Adicionalmente, se deberá establecer el monto, el horizonte y la forma de pago del contrato a celebrar, así como los riesgos y los controles que se deben implementar durante la ejecución del contrato. Todo lo anterior quedará incluido en los insumos técnicos o estudios previos que presenten las dependencias al Área de Contratos para su evaluación.

Los insumos técnicos o estudios previos, cuando haya lugar, deben estar acompañados de las autorizaciones, permisos y licencias requeridas para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, deberá incluir los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

Igualmente se deberá realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica,

y de análisis de riesgo y si este contrato contribuye al logro de las metas (indicadores y actividades) establecidas en el Proyecto de Inversión y justificar la manera en cómo lo hace.

La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los documentos del proceso.

6.2.Previsión de los riesgos inherentes al contrato

Uno de los aspectos que deben analizarse y desarrollarse en los insumos técnicos o estudios previos son los riesgos que puedan afectar tanto el éxito del proceso de contratación, la ecuación económica del contrato, o el incumplimiento de las estipulaciones contractuales; en desarrollo de este análisis, el área usuaria o requirente identificará las eventuales situaciones que potencialmente puedan afectar tanto el proceso contractual, como normal desarrollo del contrato.

El Conpes 3714 del 1 de diciembre de 2011, denominado “El riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”, en lo esencial, determinó lo siguiente:

6.2.1. Riesgos previsibles. Los riesgos previsibles, son todas aquellas circunstancias que, de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales. Son estimados como medidas para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual; para

dar claridad en las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales; contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado; y para lograr que las partes del Contrato Estatal puedan hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 incluyó la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal”.

6.2.2. Clases de riesgos previsibles. En el ejercicio de tipificación de riesgos previsibles, sin perjuicio de que cada entidad realice su propia estructuración para cada proceso contractual, de acuerdo con el análisis de sus particularidades, el Conpes 3714 de 2011, sugiere tener en cuenta los siguientes:

6.2.2.1. Riesgos Económicos: Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros. Por ejemplo, es usual que en contratos que involucran la ejecución de actividades en cuya estructura se ha definido un marco cambiario, se identifiquen alteraciones por el comportamiento de la moneda o por circunstancias colaterales que imponen una incidencia crítica. Así mismo, en los contratos de

suministro de bienes o prestación de servicios, donde no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. Su inclusión dependerá de la posibilidad de previsión del mismo.

Frente a la presunta ocurrencia de los riesgos económicos, el gobierno nacional en el documento Conpes citado recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente y con las condiciones necesarias para llevar a cabo el objeto contractual, el riesgo se traslade al contratista en atención a su experticia en el manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos económicos. Haciendo la advertencia que, ello no podrá hacerse en relación con riesgos que el mismo no pueda controlar, como condiciones macroeconómicas no previsibles, las cuales por ser imprevisibles escaparían de la órbita de aplicación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

6.2.2.2. Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. También

suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí, el Gobierno y la población, grupos de interés o la sociedad. Por ejemplo, los paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad debe acudir a las autoridades públicas competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales, tales como la Policía Nacional, Fuerzas Armadas de Colombia, Ministerio de Salud y la Protección Social, etc.

Lo recomendado frente a los riesgos sociales y políticos, en términos generales, es que por regla general lo asuman las entidades contratantes que, en atención a su condición, se presume que cuentan con un manejo y posibilidad de administración efectiva del mismo. De manera excepcional se puede trasladar el riesgo cuando, por ejemplo, existan mecanismos de cobertura en el mercado.

6.2.2.3. Riesgos Operacionales: Son los riesgos asociados a la operatividad del contrato, como por ejemplo la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato; o el relacionado con la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados por circunstancias no imputables a las partes.

Adicionalmente, se presentan por la posibilidad de no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes.

Para reducir la incidencia de este tipo de riesgos, se recomienda contar con los estudios respectivos, durante la etapa de estructuración de los contratos, y adelantar actividades que permitan tener un adecuado nivel de información sobre las especificaciones de los diferentes objetos contractuales, con el fin de fortalecer el análisis de costos, lo cual reduce los factores de riesgos que inciden sobre el contrato.

Por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, los riesgos operacionales se deben transferir al contratista, en la medida en que cuenta con mayor experiencia y conocimiento de las variables que determinan el valor de la inversión y tendrá a su cargo las actividades propias del contrato. En aquellos contratos donde se presente un alto componente de complejidad técnica, las entidades estatales deben considerar la posibilidad de utilizar como mecanismo de mitigación, el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos asociados a la complejidad identificada.

6.2.2.4. Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras.

El primero se refiere a la dificultad de conseguir los recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales, para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia a los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones entre otros.

La recomendación frente a este tipo de riesgos, es que se traslade al contratista por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, ya que, en atención a su experticia en la consecución y estructuración de los recursos necesarios, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos financieros.

6.2.2.5. Riesgos Regulatorios: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que, siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual, como, por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en los

regímenes especiales (regalías, pensional), designación de zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.

Frente a los riesgos regulatorios, se recomienda que, por regla general, sean asumidos por la parte que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos regulatorios por su naturaleza y en virtud de las normas propias de cada regulación.

6.2.2.6. Riesgos de la Naturaleza: Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que, aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (Instituto Agustín Codazzi, Ingeominas, Ideam, etc).

Para el ejercicio de tipificación, éstos se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo, los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros, siempre y

cuando los mismos puedan preverse. Siempre y cuando existan formas de mitigación al alcance del contratista, los riesgos de la naturaleza deben ser trasladados al mismo.

6.2.2.7. Riesgos Ambientales: Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado no siendo imputables a las partes.

La asignación del riesgo ambiental depende de la especificidad de cada proceso, por ejemplo:

- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, el contratista asumirá los costos implícitos en el cumplimiento de las obligaciones definidas en dicha licencia y/o plan de manejo ambiental.

- Cuando se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada antes del cierre de la licitación y ésta sea modificada por solicitud del contratista, él asumirá los costos que implique esta modificación.

- El riesgo de que, durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de las obras, se configuren pasivos ambientales causados por el incumplimiento o la mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental será asumido por el contratista.

- Cuando no se cuente con licencia ambiental debidamente ejecutoriada y/o plan de manejo ambiental, antes del cierre de la licitación, los costos por obligaciones ambientales se deberán estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del objeto contractual. En estos casos la entidad estatal podrá asumir el riesgo de que los costos por obligaciones ambientales resulten superiores a lo estimado.

- Cuando por la naturaleza del proyecto no se requiera licencia ambiental, los costos para realizar un adecuado manejo ambiental se deben estimar y prever en los contratos acorde con la naturaleza y magnitud del proyecto. En estos casos, la entidad estatal podrá asumir el riesgo por los costos de las obligaciones adicionales resultantes de la exigencia de un plan de manejo posterior al cierre de la licitación, sólo cuando la exigencia no surja del mal manejo ambiental del proyecto.

6.2.2.8. Riesgos Tecnológicos: Se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, así como la obsolescencia tecnológica.

Se recomienda que por regla general y bajo la premisa de contar con información suficiente, el riesgo se traslade al contratista que, en atención a su experticia en el objeto contractual y los estándares tecnológicos, cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva de los riesgos tecnológicos.

Conclusiones del segundo artículo

Por último, como complemento de los asuntos específicos expuestos, a manera de conclusiones, el presente Manual hace las siguientes recomendaciones de orden general, en aras de depurar las actuaciones precontractuales de la Administración Pública en Colombia:

- Evitar el riesgo: la parte que asume el riesgo debe tomar medidas que le permiten de una manera consistente y sistemática, eludir o eliminar el riesgo ya sea eliminando la fuente del riesgo o eludiendo la participación en contratos en los que se expone al riesgo.

- Prevenir el riesgo: tomar medidas conducentes a reducir la probabilidad de ocurrencia del riesgo. Por ejemplo, en una obra que presente inestabilidad en el terreno, se podrían incluir obras de estabilización y manejo de aguas, previo a la iniciación de la obra principal en dicho terreno.
- Transferir o compartir el riesgo: se transfiere a la parte que mejor puede manejarlo y al menor costo.
- Retener el riesgo: asumirlo en el momento que se presente, comúnmente en los casos en los cuales el valor del riesgo es menor al costo de gestionarlo. También, se puede aceptar el riesgo cuando la probabilidad de una pérdida es tan baja que se acerca a cero (0). Todos los riesgos que no son evitados o transferidos, deben ser retenidos como regla general.
- Mitigar el riesgo: tomar medidas conducentes a amortiguar el impacto ante la ocurrencia del riesgo. Por ejemplo, una alternativa utilizada para reducir la exposición a los riesgos de tasa de interés, tasa de cambio o precios de los commodities, es utilizar derivados financieros.
- Si los riesgos previsibles son asignados al contratista, se deberán entender siempre incorporados en la propuesta del mismo. Así, en caso de que el riesgo que se materialice haya sido aceptado por el contratista, no podrá alegarse por parte de este algún desequilibrio económico del contrato.

- Si el riesgo queda a cargo del contratante, la entidad en virtud de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 deberá constituir las reservas y compromisos presupuestales necesarios para atender las obligaciones derivadas de la asunción de los riesgos. Igualmente, deberá adoptar las medidas para el manejo de obligaciones contingentes de las Entidades Estatales, dispuestas en las Leyes 448 de 1998 y 819 de 2003, así como los Decretos que las reglamenten, con el fin de evitar volatilidades futuras en su presupuesto y al mismo tiempo, promover la disciplina y transparencia fiscal.
- Incorporar dentro del análisis del impacto fiscal, las obligaciones contingentes contraídas en virtud de contratos estatales, bajo una óptica amplia, es decir, incorporando otras clases de contratación diferentes a la participación público privada. Con este fin, es recomendable realizar los ajustes normativos a que haya lugar e incentivar a las entidades para que realicen un ejercicio juicioso de análisis sobre los riesgos que han de asumir en el marco de la contratación y tomen las medidas necesarias para su manejo y control.
- Para contratos que tengan una duración superior a una vigencia fiscal, deberá la Entidad con el objeto de cumplir la normativa, revisar la estimación realizada con el fin de determinar si se hace necesaria una actualización de la misma, teniendo en cuenta los cambios de circunstancias en el desarrollo del contrato, y el mayor nivel de información disponible.

- Las contrataciones que requieran extensión y se adicionen por necesidad y de acuerdo a la normativa mediante la suscripción de un otrosí, deberán incluir junto con la justificación de la adición, un nuevo análisis de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsible de acuerdo a la nueva realidad contractual para que haga parte de las nuevas condiciones acordadas.

Con la presente tesis se aspira a que el lector obtenga claridad en relación con lo que deben observar tanto agentes estatales como particulares vinculados a las gestiones administrativas de la actividad pre contractual del Estado colombiano, pretendiendo minimizar la ignorancia, que muchas veces deriva en los fenómenos de corrupción tan en boga en estos momentos en el país.

Referencias bibliográficas

Normatividad Colombiana

- Constitución Política de 1991, artículos 114, 115, 208, 267, 300, 313, 354
- Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094, 28 de octubre, 1993
- Ley 105 de 1993, Diario Oficial No. 41.158, 30 de diciembre, 1993
- Ley 489 de 1998, Diario Oficial No. 43.464, 30 de diciembre de 1998
- Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691, 16 de julio, 2007
- Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956, 18 de enero, 2011
- Ley 1508 de 2012, Diario Oficial No 49.523, 10 de enero, 2012
- Decreto 1510 de 2013, Diario Oficial No. 48.854, 17 de julio, 2013
- Ley 1682 de 2012, Diario Oficial No 48.987, 27 de noviembre, 2013
- Decreto 1082 de 2015, Diario Oficial No 49.523, 25 de mayo, 2015

- Ley 1882 de 2018, Diario Oficial No. 50.477, 15 de enero, 2018

Doctrinales

Arévalo, I., (2015). Discurso y práctica de la ética en la administración pública en Colombia (Tesis de grado). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

Benavides, J.L. (2005). El contrato público colombiano: ¿una tercera vía para los contratos administrativos? (proyecto e investigaciones). Universidad Externado, Bogotá, Colombia.

Benavides J. L (2017). Cambios en la contratación de los procesos de selección, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J. L (2017). Influencia Internacional en la Contratación Estatal, en Montana Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, M. (2013). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. Bogotá D.C.: Universitas (126), 39-64.

Bernete, J. (2013). Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local. Bogotá D.C.: Cuadernos del Trabajo Social, (26-1) 85-96.

Borda, A. (2014). La buena fe en la etapa precontractual. Bogotá D.C.: Universitas (129), 39-80.

Carrillo, P. (2007). *Etapas de la Contratación Estatal*. Bogotá, D.C: Escuela Superior de Administración Pública.

Caviedes, J. (s.f.). La responsabilidad de la administración pública en la etapa precontractual: Actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales (tesis de grado). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

De Vivero, F. (2010). Reforma del Régimen de Contratación Estatal. Colombia, Bogotá: Universidad de los Andes.

D'Ors, (1991) Álvaro, Derecho privado Romano. España: Universidad de Navarra.

García, P. (2001). La ética pública, perspectivas actuales. Pamplona: Revista de Estudios Públicos (Nueva Época), (114) 131-168.

García, J. (2011). Entre la pila y el agua bendita, Ética y contratación pública empresarial (Tesis de grado). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. Ginebra: OIT, Revista Internacional del Trabajo, (119) 37-59.

González, J. (1996). Ética en la administración pública. Madrid: editorial Civitas.

González, J. (2004). La empresa minera y la buena fe contractual. Estudios públicos, Madrid: editorial Civitas.

Ivanega, M. (2011). El procedimiento de la licitación Pública. Bogotá D.C.: Revista Derecho PUCP, (66), 255-276.

Laguado, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro. Bogotá D.C.: Universitas, (105) 231-251.

Lesmes, S. (2005). Contratación pública y discriminación positiva, cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Lozano V, G. (2017). La contratación Estatal como instrumento contra la corrupción, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Lozano, G. (2015). Responsabilidad estatal por el hecho de las leyes en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Marín, G. (2004). La responsabilidad precontractual en Colombia. Bogotá D.C.: Revista Opinión Jurídica, (3) 57-78.

Martínez, C. (2012). Análisis de las compras y contrataciones gubernamentales en la República Dominicana, 2004-2011: Debilidades y Fortalezas. Salamanca: Instituto de Estudios Globales.

- Martínez, E & Ramírez, J. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana, una aproximación desde el neo institucionalismo. Bogotá D.C.: Reflexión política (8), 148-169.
- Mejía, M. (2011). La ética privada y la contratación pública, Es hora de repensar la relación entre el gobierno y el sector privado en materia de contratación. Bogotá D.C.: Revista Portafolio.
- Meléndez, M. (2018). Corrupción y contratación pública: Problemas y soluciones. Bogotá D.C.: Revista Razón pública.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Transporte. (s.f.). Régimen contractual en Colombia. Bogotá D.C.
- Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción. Bogotá D.C.: Revista de Derecho (30), 30-74.
- Marienhoff, M. (1990). La contratación administrativa en Colombia (ed.). Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Wilches.
- Neme, M. (2006). El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. Bogotá D.C.: Revista Derecho Privado, (11) 79-125.
- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva, equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. Bogotá D.C.: Revista de derecho privado, (17) 45-76.

- Paniagua, M. (2013). Las empresas de inserción socio laboral y las clausulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos para la innovación social hacia el desarrollo. Bogotá D.C.: REVESCO - Revistas de Estudios Corporativos, (112) 176-212.
- Ramírez, O. (2012). Mecanismos para combatir la colusión en licitaciones: efecto de las condiciones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia (tesis de grado). Bogotá D.C.: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Real Academia Española. (2018). Concepto, Corrupción.
- Rico, M. (2017). El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal colombiana (Tesis de grado). Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.
- Rodríguez, J. (2011). Los principios del derecho global de la contratación pública. España: Universidad de la Coruña. Revista Derecho PUCP, (66) 29-54.
- Rodríguez V, A. A. (2015). La circulación de modelos jurídicos. Los orígenes del Estado de Providencia en Colombia durante los años 30 y la influencia del constitucionalismo francés de principios del siglo XX (tesis doctoral). Francia: Grenoble.
- Reis, T., & Jordão, E. (2016). Planeación y simplificación en la formación de los contratos, en Benavides, J. L., y Moreno, P. (2016). La contratación pública en América Latina, (Eds.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Safar D, M. S. (2017). Herramientas para optimizar las modalidades de selección, en Montaña Plata, A. y Rincón Córdoba, J.I., (2017) Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas,

XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, (Eds.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Safar D, M. S. (2009). Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Sainz, F., La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. Revista de la Administración Pública, No 89, 1979, Madrid, p. 310.

Sayagués L, E. (1940). La licitación Pública. Uruguay, Montevideo: Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales.

Segura R, D. F., & Hernández C, F. H (2017). Determinantes de la renegociación de contratos de concesión en infraestructura del transporte en Colombia 1993-2016: recomendaciones de política económica. Colombia, Bogotá D.C.: Pontifica Universidad Javeriana

Serrano, A. (2014). Corrupción en la contratación pública en Colombia. (Tesis de grado). Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

Sociedad Colombiana de Ingenieros. (15 de octubre de 2017). Corrupción en la contratación pública.

Suárez, G., & Laguado, R. (2007). Manual de contratación pública electrónica para América Latina, Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad. Bogotá D.C.: Revista Repositorio Digital.

Universidad Carlos III. (2014). Apuntes de contratos. En Y. Vergel, Apuntes de contratos (pág. 6).
Madrid: Universidad Carlos III.

Vergara, R., & Teresa, A. (2011). La transparencia en la Ley de las contrataciones del Estado. Lima,
Perú: Revista de Derecho PUCP n°66, pontifica Universidad Católica del Perú.

Viana, M., (2015). El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano.
Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección tercera (1979, 1 de febrero) Expediente No. 2199 Actor Alberto Carbonell
Quintero, Consejero DR. Jorge Dangond Flórez.

Consejo de Estado, Sección Tercera (1990, 6 de julio) Expediente No. 5860, M.P. Uribe Acosta, Julio
César.

Consejo de Estado, Sección Tercera (1994, 5 de agosto) Expediente No. 7145, M.P. Montes
Hernández, Juan de Dios.

Consejo de Estado, Sección Tercera (1998, 2 de julio) Expediente No. 11818, M.P. Suárez Hernández,
Daniel.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2016, 9 de marzo) Expediente No. 34322, M.P. Zambrano
Barrera, Carlos Alberto.

Corte constitucional (2002, 3 de julio) Sentencias C-508, M.P. Beltrán Sierra, Alfredo.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-682/14. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Páginas web

Moreno Molina. (2015). Panorama comparado de la Contratación Pública en América Latina observatorio contratación pública. Bogotá. Recuperado de:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.183/recategoria.121/remenu.3/chk.9c44b3c71a7a23ca52f818dee2903807>

Departamento Nacional de Planeación. (2016). Desarrollo de los APP. Bogotá. Recuperado de:
[https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20in fraestructu/Presentacion%20Director%20FDN%20-%202009-02-2016.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Presentacion%20Director%20FDN%20-%202009-02-2016.pdf)

El Tiempo. (2016). Archivo: Más de 1 billones de pesos están en riesgo por 83 obras incompleta. Bogotá. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16534744>.

Banco Mundial. (2015). Nuevo marco para la contratación pública. Recuperado de:
<http://consultations.worldbank.org/consultation/procurement-policy-review-consultations>.