

LA PROMETIDA EFICIENCIA DE LA AGENCIA DE CONTRATOS DEL ESTADO EN DESARROLLO DE LAS NUEVAS MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD.

William René Roncancio Bohórquez¹

Resumen

El objetivo es determinar la vulneración de los principios de economía, transparencia y responsabilidad por parte de Colombia Compra Eficiente (CCE) a partir de la generación de guías y pliegos tipo en el marco de las funciones otorgadas a dicha entidad. Lo anterior, en tres momentos: I) Analizar los aspectos constitucionales de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, II) Analizar sistemáticamente los aspectos legales de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, III) Analizar las medidas anticorrupción consagradas en el ordenamiento colombiano y el impacto de los desarrollos generados por la acción de Colombia Compra Eficiente (CCE) en el marco de los principios de transparencia, economía y responsabilidad del EGCAP. Se tiene como conclusión general que la extralimitación de CCE con la generación de Guías y documentos de este tipo ha generado ineficiencias y confusión en detrimento del cumplimiento de la misión de las entidades, impulsando el formalismo jurídico en materia de adquisiciones públicas en detrimento de la eficiencia e incluso resultados en términos de transparencia.

Palabras clave: Transparencia, economía, responsabilidad, eficiencia, formalismo jurídico, gerencialismo jurídico, extralimitación de CCE.

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás (USTA) – Seccional Tunja, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la USTA, con 6 diplomados en derecho público, a saber: Control Interno (Universidad del Rosario), Finanzas Públicas (Fundeter), Derecho Disciplinario (Instituto de Estudios del Ministerio Público), Contratación Estatal (ESAP) Defensa Jurídica Territorial (ANDJE & ESAP) y Actualización en Contratación Estatal (ESAP). Con experiencia profesional como asesor jurídico y de contratación de distintas entidades públicas de diferentes niveles, con experiencia por más de cinco (5) años en docencia universitaria y otro tanto como capacitador de la ESAP. Actualmente se desempeña en el nivel territorial en el Ministerio Público. Correo electrónico: bohorquezabogados@gmail.com

Abstract

The objective is to determine the violation of the principles of economy, transparency and responsibility by Colombia Compra Eficiente (CCE) from the generation of guides and specifications, of type and within a framework of the functions granted to said entity. The foregoing, in three relevant moments: I) Analyze the constitutional aspects of the principles of transparency, economy and accountability, II) Systematically analyze the legal aspects of the principles of transparency, economy and accountability, III) Analyze the anti-corruption measures enshrined in the Colombian legal system and the impact of the developments generated by the action of Colombia Compra Eficiente (CCE) within the framework of the principles of transparency, economy and accountability of the EGCAP. The general conclusion is that the overreaching of CCE with the generation of Guides and documents of this type has generated inefficiencies and confusion to the detriment of the fulfillment of the mission of the entities, promoting legal formalism in public procurement to the detriment of efficiency and even results in terms of transparency.

Keywords: Transparency, economy, responsibility, efficiency, legal formalism, legal managerialism, excess of CCE.

INTRODUCCIÓN:

Desde la modificación del antiguo estatuto de contratos de la Nación contenido en el Decreto 222 de 1983, se evidenció la necesidad de redactar una ley ajustada a la Constitución Política de 1991 y en particular al principio de competitividad consagrado en el artículo 333 Superior, que le impuso al Estado el deber de impedir la obstrucción del ejercicio de la libertad económica a los actores del mercado, lo que a la postre ocurrió conforme a la habilitación constitucional otorgada al Congreso en el inciso final del artículo 150 de la Carta, materializándose en materia de negocios del Estado en la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP).

Dicha norma se concibió para superar el exceso reglamentario contenido en el citado Decreto 222 que imponía un conjunto de reglas que hacía ineficientes las adquisiciones del Estado por el exceso de formalismo jurídico en ellas contenido. El “nuevo” EGCAP se conoció entonces desde sus inicios, como una ley de principios desde una perspectiva de gerencialismo jurídico, que pretendió dar agilidad y eficiencia a la administración pública en su rol de comprador para el cumplimiento de los altos propósitos del Estado en el marco de sus fines constitucionales.

Lo anterior se evidenció en las disposiciones consagradas en el artículo 23 y siguientes en materia de principios orientadores del EGCAP, que en particular dispuso medidas de transparencia, economía y responsabilidad y, en los artículos 13 y 32 del mismo cuerpo normativo, que adoptaron la legislación civil y mercantil como regla general de la normatividad aplicable a los contratos estatales, en aras de la eficiencia pública en su labor de adquisición de bienes, servicios y obras.

Sin embargo y pese a considerarse por buena parte de la doctrina como uno de los mejores estatutos de contratación pública redactados en el concierto internacional, la lucha contra la corrupción emprendida en el país desde hace más de dos décadas, impuso la necesidad de

reformular el EGCAP a través de una normatividad que introdujo a través de la Ley 1150 de 2007 *medidas para la eficiencia y la transparencia* en el ordenamiento, las cuales dieron nuevamente un giro del gerencialismo jurídico pretendido en la Ley de 1993, a un nuevo modelo de formalismo jurídico desarrollado en la reforma del 2007, que claramente se evidenció principalmente con la creación de nuevas modalidades de selección descritas en el artículo 2° de esta última norma.

Las nuevas disposiciones adoptadas en 2007 le impusieron al Gobierno Nacional el deber de desarrollar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), con los propósitos de: *i.* Introducir al Estado en el mundo de los negocios electrónicos y poner a tono las adquisiciones de la administración a la realidad de la compra por medios telemáticos, ya en boga en el concierto internacional y en armonía con las previas disposiciones dispuestas en la materia en la denominada ley de comercio electrónico (Ley 527 de 1999) y, *ii.* Generar una nueva herramienta de lucha anticorrupción a través de los medios telemáticos que, por su registro en tiempo real, promoverían la citada eficiencia y transparencia prometida en la reforma.

En desarrollo del mandato legal consagrado expresamente en el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el gobierno nacional creó la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - como ente rector en los procesos de compra y contratación pública, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 4170 de 2011, imponiendo las funciones descritas en su artículo tercero que comprende: “difundir mejores prácticas para las compras y contratación pública”, dentro de las cuales se dio a la tarea de emitir un conjunto de Guías pretendiendo orientar la gestión contractual de las entidades estatales.

En cumplimiento de dicha función Colombia Compra Eficiente (En adelante CCE) emitió un conjunto de lineamientos con el propósito de “facilitar” la gestión contractual de las entidades contratantes y contribuir en la disminución de los índices de corrupción bajo el mandato de la norma habilitante, a través de la expedición de instrumentos de gestión denominados buenas

prácticas, que en su momento fueron considerados tanto desde el ente rector emisor, como desde los órganos de control, de carácter plenamente vinculante.

No obstante, al presentar dichos instrumentos y herramientas de gestión emitidos por CCE, contradicciones con el EGCAP y algunas de sus normas reglamentarias, se generó un escenario de inseguridad jurídica que por varios años se mantuvo a flote en la gestión contractual pública, causando un efecto negativo en el mercado y en los distintos agentes de la Contratación Estatal, por el nivel de incertidumbre generado en el contexto de la frenética producción de documentos “orientadores” a cargo de CCE.

Sumado a lo anterior, el gobierno nacional emitió un conjunto de normas que pretendieron convertirse en instrumentos de lucha contra la corrupción con contenidos *sui generis*, que han dispuesto desde un nuevo régimen de responsabilidad de supervisores e interventores en el país (Ley 1474 de 2011), hasta un conjunto de pliegos tipo para distintos procesos de selección (Ley 2022 de 2020), pretendiendo superar la subjetividad en la selección a partir de: *i.* Responsabilizar a interventores y supervisores de la protección de la moralidad administrativa y la lucha contra la corrupción y, *ii.* La promocionada estandarización de reglas de juego en los procesos de selección consagrada en los denominados pliegos tipo, medidas que aún sacralizadas no arrojan mejores resultados en materia de transparencia a la fecha en el país.

Sin embargo, el cúmulo de medidas adoptadas, contrario a permitir mejorar los resultados del país en materia de economía, transparencia y responsabilidad en la compra y contratación pública, han sumido al Estado en un escenario de reducción de la objetividad en las adquisiciones públicas, con el adobo que el formalismo jurídico propicia y del que los actores de la contratación estatal o de la ahora denominada compra pública sacan provecho, a partir del excesivo rigorismo, del exceso de estandarización, de las confusiones que genera frecuentemente CCE a través de su dinámica, que malogran en parte la pretendida mejora en la gestión contractual pública, dando al traste con la carga de claridad y legalidad propias de la contratación estatal.

Es posible entonces que el anhelo de cumplir mejor el rol de ente rector de la contratación estatal y la compra pública por parte de CCE lo haya llevado al desarrollo de una *sobre gestión* que en nada enriquece el ya difícil entramado normativo de las adquisiciones del Estado, por lo que será objeto de análisis en este trabajo, si a la luz de los principios del EGCAP de transparencia, economía y responsabilidad, los presuntos excesos de la agencia vulneran estos principios a partir de la expedición de guías y pliegos tipo, para lo cual se abordará el estudio desde tres esferas: La primera de ellas de carácter descriptivo del ordenamiento constitucional y legal de la contratación y la segunda y tercera con carácter analítico y propositivo a partir de la dinámica desplegada por CCE en el contexto de la lucha anticorrupción y desde el ejercicio de su carga funcional.

A manera de colofón, volvemos los ojos al Consejo de Estado Colombiano que rescata el ordenamiento a través de sus pronunciamientos clarificando el conjunto de competencias de los actores del poder organizado colombiano², iluminando el confuso entramado normativo, reglamentario y de expedición de instrumentos de buenas prácticas y conceptos que a través de sus funciones ha desplegado CCE, contrariando las reiteradas recomendaciones de los órganos multilaterales que de tiempo atrás han insistido en la necesidad de ordenamientos fáciles y eficientes para las compras estatales, de los que hemos desistido en el caso colombiano, cabalgando sobre un populismo punitivo y de excesivo rigorismo procesal que hasta nuestros días solo oscurece el panorama de las adquisiciones administrativas.

OBJETIVOS:

Objetivo General: Determinar la vulneración de los principios de economía, transparencia y responsabilidad por parte de Colombia Compra Eficiente a partir de la generación de guías y pliegos tipo en el marco de las funciones otorgadas a dicha entidad, lo cual se desarrolla desde los siguientes dos (02) objetivos específicos:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, C.P. María Adriana Marín. Bogotá. 11 de abril de 2019. Radicado 11001032600020140013500 NI 52.055.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Analizar los aspectos constitucionales y normativos de los principios de transparencia, economía y responsabilidad.
2. Analizar las medidas anticorrupción consagradas en el ordenamiento colombiano y el impacto de los desarrollos generados por la acción de CCE en el marco de los principios de transparencia, economía y responsabilidad del EGCAP.

SUMARIO: I. Aspectos constitucionales y Normativos de los Principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad. 1. I.I Fundamentos Constitucionales. 2. I. II. Fundamentos Legales.

I. TÍTULO 1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y NORMATIVOS DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, ECONOMÍA Y RESPONSABILIDAD.

El ordenamiento de la Contratación Estatal colombiana tiene unos fundamentos constitucionales que, en el marco del esquema jerárquico normativo, resultan prevalentes en el desarrollo de la gestión contractual. Así mismo es preciso señalar grosso modo los fundamentos legales, que en el marco de la habilitación dada al congreso de la república en el texto constitucional (Inciso final del Artículo 150 de la CN), se constituyen en el conjunto de principios y reglas que el EGCAP ha tipificado como centrales en su cuerpo normativo, los cuales a la postre se han

constituido en la columna vertebral de la contratación estatal colombiana por resultar principales en el esquema de adquisición diseñado por el legislador.

El conocimiento de dichos fundamentos desde una perspectiva descriptiva, resulta de capital importancia en el contexto de desarrollo de este producto de investigación por ser el insumo a partir del cual se abordarán los componentes analítico y propositivo del objeto de estudio que acá se ha propuesto y que irrigan los principales contenidos de los capítulos subsiguientes.

II SUBTÍTULO 1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.

La evolución del Estado Colombiano ha recorrido los senderos que desde la perspectiva económica han dictado las teorías del liberalismo clásico, el intervencionismo de Estado y el ahora denominado neo liberalismo, que ha dado como resultado la adopción en el caso colombiano de un modelo de Estado mixto que persigue el cumplimiento de sus fines con la contribución de terceros, principalmente el mercado y el denominado tercer sector.

El Estado que desde su perspectiva jurídica ha puesto en sus ordenamientos medidas que históricamente han permitido el desarrollo del sistema económico imperante, tiene como uno de sus precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano el Decreto 222 de 1983 que en el marco del desarrollo del estado intervencionista Keynesiano, le impuso al Estado la carga de ajustar el mercado a partir de un conjunto de medidas que pretendieron desde sus inicios efectuar las correcciones necesarias a dicho mercado de la compra pública en éste caso, para dirigir la otrora economía autorregulada.

En dicho contexto el Estado Colombiano diseñó un conjunto de procedimientos que garantizaban el control estatal en el desarrollo de los procesos de selección requeridos para el cumplimiento de los fines públicos, los cuales incluían intervenciones engorrosas de instancias que en su momento

incluían revisiones inoperantes que solo contribuían con la mora en las adquisiciones públicas. Deik (2014).

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia, en el contexto del denominado consenso de Washington liderado por Ronald Reagan y Margaret Thatcher, que puso a andar una nueva estrategia de los organismos multilaterales liderados por las dos potencias y que inclinó la balanza hacia el capitalismo liderado por USA e Inglaterra, promoviendo desde los pasillos de los organismos multilaterales la liberalización de fronteras para bienes, la flexibilización laboral y la reivindicación del mercado como actor eficiente y protagónico en el quehacer público, concluyendo en la necesidad de rediseñar ordenamientos en los países bajo la égida del FMI, pro mercado. Stiglitz (2019).

Lo anterior abrió el espacio desde el contexto internacional a la aprobación de normatividades pro mercado como la contenida en la ley 80 de 1993 en el contexto de la contratación estatal ahora denominada desde la perspectiva del derecho económico como la compra pública.

Así las cosas, en desarrollo del Estado competitivo definido en el Artículo 333 Superior, en el contexto precitado del formalismo jurídico impuesto por el entonces estatuto de contratos de la Nación recogido en el citado Decreto 222 que requería de una cirugía con cortes definidos en el nuevo vademécum de los organismos multilaterales, que defendían un nuevo teatro, liderado una vez más por un mercado renovado, con las nuevas eficiencias pregonadas por los chicanos, que en el contexto colombiano requerían de un ordenamiento de la contratación pública, cifrada por la eficiencia y el gerencialismo jurídico que permitiera la operación de las adquisiciones de forma ágil y eficaz, privilegiando las normas del mercado sobre las estatales como bien se dispuso en el artículo 13 del EGCAP.

Fue entonces cuando la expedición del EGCAP vio la vida jurídica, catalogándose desde sus inicios como un estatuto de principios que claramente fueron reseñados en su artículo 23.

Como bien lo indicó la norma legal, en ella se dio alcance a distintos tipos de principios, que pueden grosso modo clasificarse en: **i.** Los legales definidos en los artículos 24, 25 y 26 del EGCAP, **ii.** Los constitucionales de la Función administrativa dispuestos en el artículo 209 Superior, **iii.** Las normas de conducta de los servidores públicos, **iv.** Las reglas de interpretación de la contratación, **v.** Los principios Generales del Derecho y **vi.** Los particulares del derecho administrativo definidos legalmente en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 por medio del cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (En adelante CPACA).

Así las cosas, el mismo EGCAP definió los principios constitucionales de la función administrativa, como los de raigambre constitucional aplicables a la contratación estatal colombiana.

Así las cosas, es pertinente analizar el contenido del citado artículo 209 de la Carta para conocer la gama de principios orientadores del ordenamiento de la contratación administrativa colombiana, lo cual demanda necesariamente de la revisión del análisis de la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad N° C-496 de 1998 que determinó la existencia de tres grandes gamas de principios incluidas en la norma Superior, a saber:

- i.** El principio finalístico del interés público que permite orientar el desarrollo de la función administrativa misma.
- ii.** Los principios funcionales de *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad* que permiten encausar en tales postulados generales, la acción del Estado en sus diferentes ramas cuando se cumple función administrativa y, finalmente.
- iii.** Los principios organizacionales de la *descentralización, delegación y desconcentración*, que se constituyen en el instrumental del Estado para el desarrollo

de las tareas a partir de mecanismos más inteligentes de distribución del trabajo para el logro de los cometidos públicos.

No obstante, lo hasta acá dicho y a partir del amplio panorama definido en el citado artículo 23 del EGCAP en materia de principios aplicables, acatando el alinderamiento definido en el componente organizativo del presente documento, es preciso ahondar básicamente en los fundamentos constitucionales de los principios legales tipificados en la ley 80 de 1993, a saber: *i.* La Transparencia, *ii.* La Economía y *iii.* La Responsabilidad.

- ***Fundamentos Constitucionales del principio de Transparencia:***

Es preciso señalar acá como ejercicio académico el análisis de la definición que hace el profesor Matallana indicando que: “Para la Real Academia Española, transparencia es una cualidad de transparente, y transparente puede tener dos significados: por una parte, es la característica propia de un cuerpo, a través del cual se pueden ver claramente los objetos (P. ej. una ventana), y de otra, aquello que es claro, evidente y se comprende sin duda ni ambigüedad.”

Como bien lo indica el profesor Matallana Camacho (2015) en su texto *Manual de Contratación de la Administración Pública* en el que expone:

Si traducimos estas definiciones a la actividad contractual, las razones que motivaron al legislador colombiano para introducir medidas con el objeto de mejorar la transparencia, en cuanto que es transparente un objeto a través del cual se pueden ver los objetos claramente, conducirían a que toda la información se encuentre disponible y sea posible acceder a ella; en otras palabras, para lograr que la Administración Pública actúe con transparencia se le impone el deber de publicar todas las actuaciones que se surtan durante el desarrollo de la etapa precontractual y luego publicar el contrato y sus modificaciones hasta la liquidación. (p. 46)

Lo anterior implica necesariamente la visibilización de la gestión contractual en aras del control ciudadano y de los organismos competentes a fin de garantizar la detección y control de cualquier actuación irregular. Así las cosas, es preciso entonces enmarcar la mentada transparencia desde una primera perspectiva que permita en armonía con el principio funcional de la publicidad contemplado en el Artículo 209 Superior, ubicar la gestión de compra y ejecución de las adquisiciones en una vitrina cristalina que permita la continua revisión ciudadana y del poder organizado diseñado en la estructura del poder público en sede de control.

Indica a renglón seguido el profesor Matallana Camacho (2015) que:

“En cuanto a la segunda definición, que el asunto sea claro, evidente y sin ninguna ambigüedad, se trata de evitar con ello la manipulación y el direccionamiento de adjudicaciones a oferentes previamente identificados, elaborando pliegos de condiciones que contengan reglas objetivas, claras, justas y completas.” (p.47).

Lo anterior necesariamente hermana la aplicación del principio de transparencia con el de selección objetiva dispuesto en armonía con los postulados del debido proceso descritos en el artículo 29 Superior y definidos legalmente en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en concordancia a su vez, con los contenidos del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que orientan la elaboración de los pliegos de condiciones como el documento por excelencia contentivo de las reglas de juego del proceso y, en coherencia con la aplicación de las disposiciones definidas para la actividad contractual pública que en el Estado se precia de ser reglada por excelencia.

Así las cosas, en materia de principio de transparencia es preciso entonces indicar la necesaria armonización con los contenidos constitucionales del Artículo 209 superior y del 29 de la Carta que indican, que es principio funcional de la función administrativa el de la publicidad que

permite hacer visibles los actos públicos y en particular las compras públicas y en segundo lugar el 29 de la Carta, que comprende la aplicación del debido proceso descrito en la reglada actividad de la contratación pública, que necesariamente debe surtirse con apego al principio de legalidad, a los plazos definidos en el EGCAP y a la contradicción propia de los procesos competitivos que permitan la pugna por la obtención de la adjudicación del contrato en condiciones de objetividad.

- ***Fundamentos Constitucionales del principio de Economía:***

El principio de economía tiene fuente constitucional en dos normas Superiores relevantes que orientan la acción pública a saber: **i.** El debido proceso y **ii.** La planeación contractual.

Fundamento Constitucional del Debido proceso en el marco del principio de economía.

Como bien lo señala la profesora Deik Acostamadiedo (2014) en su texto *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*:

El principio de economía “emana directamente del derecho fundamental al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta”, en virtud del cual las actuaciones procesales deben adelantarse sin dilaciones injustificadas y de conformidad con la plenitud de las formas propias de cada juicio, sin que la administración pueda introducir elementos diferentes a los contenidos en el ordenamiento jurídico. Como lo destaca SANTOFIMIO, lo que se pretende con este principio es que las normas de procedimiento administrativo agilicen las decisiones, disminuyan los gastos causados para la administración y los administrados y, desde una perspectiva finalista, conduzcan a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, materializando así la primacía del derecho sustancial sobre el estrictamente formal en las actuaciones de la administración. (p. 34)

La disminución del detallismo, rigorismo y formalismo jurídico de la norma de contratación anterior, pretendió ser superado con el nuevo EGCAP dando alcance a la normativa constitucional del debido proceso que pretendió disminuir el exceso y asfixiante escenario reglamentario que implicaban trámites interminables como bien lo relata la profesora Deik Acostamadedo (2014) cuando indica que:

Así, las múltiples revisiones, autorizaciones, sellos, autenticaciones y formalidades que solían ser imperiosas bajo el Decreto-ley 222 de 1983 daban lugar al transcurso de hasta cuatro años entre la apertura de una licitación y la iniciación de las obras contratadas.
(p. 35)

Dentro de las reglas consagradas en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, es preciso resaltar de otra parte, los contenidos del numeral 15 que textualmente consagran desde su texto original, la prohibición de la exigencia de sellos y autenticaciones, del reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, o ritualidades o formalidades sin soporte legal. Lo anterior en desarrollo del precepto constitucional de la primacía de la sustancialidad sobre las formas que contempla el artículo 228 superior y que privilegia la sustancia sobre la forma en el derecho colombiano.

- ***Fundamento Constitucional de la planeación contractual en el marco del principio de economía:***

Como lo indica claramente el doctrinante Suárez Beltrán (2014) “la planeación contractual es, a no dudarlo, una herramienta de “gerencia pública” por definición”, cuando indica literalmente en la nota de su texto “La nueva contratación pública en Colombia”, al decir:

En su conjunto, la normatividad que se comenta pide reflexión al funcionario, de quien se espera actúe como un verdadero “gerente público”, y a quien se le exige, a la hora de estructurar el proceso contractual, no solo que los estudios previos sean cuidadosamente elaborados y que se hagan públicos, sino un intercambio de opiniones generoso y transparente con el mercado. (p.1)

A partir del comentario del Consultor Suárez Beltrán, es preciso abordar el estudio desde la normativa constitucional que exige el desarrollo de procesos de planeación a nivel estratégico, organizacional e incluso operacional cuando indica:

i. La necesidad de gestionar un proceso de planeación estratégica en el Estado en sus diferentes niveles a partir de lo que se establece en el artículo 339 de la Constitución respecto al Plan de Desarrollo como carta de navegación de las administraciones que, comprende el desarrollo de contenidos estratégicos y financieros que permitan materializar el deber de desarrollo del Estado en sus diferentes órdenes.

Lo anterior implica que la gestión pública no puede estar sometida al azar, a la improvisación, a la intuición, sino que exige de una coherencia, orden, previsión, propias del Estado que maneja recursos limitados y que demanda de una gestión eficiente para el aprovechamiento de tales recursos en el orden nacional y en los territoriales.

En desarrollo de éste acápite descriptivo, que sin ambicionar ser extensivo, si pretende dar claridad desde la perspectiva constitucional de las normas orientadoras de los principios tipificados en el EGCAP, es preciso indicar que en el marco del Estado identificado en el artículo 1° superior como unitario y descentralizado, entendido como respuesta material de la institucionalidad estatal en territorio a través de la descentralización administrativa de cara al ciudadano, sobre la pertinencia de atender necesidades propias de cada territorio en el marco de

sus propósitos superiores, irrigando desde el texto superior los contenidos necesarios para dinamizar las adquisiciones con la pertinencia técnica y económica necesaria.

Lo anterior, es preciso desarrollarlo a partir del propósito constitucional definido en el artículo 311 de la Carta para los municipios, entendidos ellos como la célula fundamental de la estructura administrativa del Estado Colombiano, que le impone como misión a dichas entidades la de: “la construcción de las obras que demande el progreso local”, lo que implica necesariamente al tenor de las funciones descritas para los municipios en el Artículo 6° de la ley 1551 de 2012 que le impuso concretamente a dichas entidades la obligación de “...*promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso local.*”, a partir de una atención particularizada de necesidades detectadas en cada territorio de acuerdo a su condición, lo cual no podrá lograrse con las sacralizadas estandarizaciones, sino con una caracterización objetiva que requiere de una planificación desde la proximidad del territorio.

ii. La necesidad de desarrollar un proceso de planeación de la gestión organizacional de cada entidad para el mejor funcionamiento de los procesos de adquisición de bienes, obras o servicios, que comprende la organización del trabajo interno en cada ente de la estructura del poder público colombiano en el marco de los precitados principios de la función administrativa, que previamente se citaron en la interpretación dada en la sentencia C-496 de 1998 y que claramente permiten, a partir de los principios organizacionales la distribución adecuada de funciones en las diferentes dependencias de cada entidad, con un desarrollo legal descrito específicamente en materia de desconcentración en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 que da una especial interpretación al principio a partir de la necesidad identificada por el legislador en el estudio previo de la citada reforma.

iii. La evidente necesidad de incorporar en los procesos de planeación de cada compra del Estado, procesos que permitan el desarrollo de los principios tanto de la función administrativa del 209 Superior como de la gestión fiscal del 267 de la Constitución, que le imponen al gestor fiscal las cargas de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, los cuales,

junto a los principios de la función administrativa, que recogió el constituyente primario del antiguo Código Contencioso Administrativo Deik (2014), completan el paquete de normas orientadoras de cada negocio jurídico que se proyecte y perfeccione en el Estado colombiano.

- ***Fundamentos Constitucionales del Principio de Responsabilidad***

Que comprende la clausula general de responsabilidad de los funcionarios públicos que tiene fuente constitucional en el artículo 6° Superior en armonía con el de la responsabilidad por daños antijurídicos consagrado en el artículo 90 de la Carta Magna que responsabiliza del daño antijuridico al Estado y a sus agentes, cuando se producen daños que rompen el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Se habla entonces acá una vez más de dos grandes acápites del concepto de responsabilidad aplicable a las actuaciones de la gestión contractual pública desde la perspectiva constitucional, a saber:

i. El que emana de la cláusula general de responsabilidad que le impone al servidor público la obligación de plegarse a la Constitución y la Ley y a no extralimitarse en el ejercicio de su función, lo que implica en el escenario de la contratación estatal especialmente sujetarse a la actividad reglada de la contratación con la precisión exigida en el EGCAP.

ii. El que comprende la responsabilidad contractual y extracontractual definida para los denominados daños antijurídicos producidos por la acción u omisión de los agentes del Estado en el marco de lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Magna.

I.II SUBTÍTULO 2. FUNDAMENTOS LEGALES

El EGCAP incluye en su texto la tipificación de tres principios vertebrales en el ordenamiento de la Contratación Estatal colombiana, a saber: La transparencia, la Economía y la Responsabilidad.

- Fundamentos Legales del Principio de Transparencia:

Lo definido en materia de transparencia que desarrollan legalmente los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 2° de la Ley 1150 de 2007 cuando se establece en la primera de ellas un conjunto de medidas para garantizar la visibilización de los procesos contractuales en sus diferentes etapas, la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en los procesos competitivos establecidos en el EGCAP, la posibilidad de acceso a los documentos de la gestión contractual pública y las reglas para la configuración de los pliegos de condiciones en los procesos de selección a fin de indicar requisitos objetivos para la selección de contratistas del Estado.

En el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 se establece en la reforma, de regreso a un formalismo jurídico sustentado en una consultoría liderada por el profesor Gonzalo Suárez Beltrán, la configuración de modalidades de selección diseñadas a partir de la estrategia de Benchmarking denominada en administración como la revisión de mejores prácticas de gestión en diferentes países, que dio como conclusión la estructuración de las rutas jurídicas denominadas modalidades de selección que describe la citada norma, lo cual si bien fue un proceso un tanto doloroso para los gestores contractuales en el país una vez emitida la reforma, con el paso del tiempo finalmente fue apropiada, interiorizada y comprendida incluso por los órganos de control.

- ***Fundamentos Legales del Principio de Economía y del denominado deber de planeación en la contratación estatal colombiana.***

Los contenidos del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que desarrollan normas de raigambre constitucional de capital importancia en materia de contratos del Estado por tratarse de aspectos

centrales en materia de las cargas negociales que la Ley le impone especialmente al contratante público, al definir a lo largo del citado artículo 25 normas de eficiencia procesal (numerales 1 al 5) y de planeación adecuada de los contratos públicos, indicando en materia del denominado *deber de planeación* la estructuración del negocio en dicha fase precontractual en distintos capítulos, a saber: **i.** La planeación técnica (Numeral 12), **ii.** La planeación económica (Numeral 12), **iii.** La planeación financiera (Numeral 20), **iv.** La planeación presupuestal (Numerales 6°, 13 y 14) y, **v.** El análisis de conveniencia y oportunidad (Numeral 7°).

En desarrollo de dichos subcapítulos que parte de la doctrina ha denominado deber de planeación, y que el Consejo de Estado ha dado en denominar principio de planeación, es preciso indicar al menos en los primeros dos conceptos acá descritos, el alcance de la normatividad citada en el caso del denominado principio de economía que a la luz de la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe comprenderse integralmente a saber:

i. En la caracterización técnica, al hacer una interpretación del ordenamiento desde la perspectiva constitucional a la luz de los contenidos del artículo 339 de la Carta, es preciso indicar que las adquisiciones del Estado en sus diferentes niveles, necesariamente están comprendidos por regla general en los Planes de Desarrollo o institucionales de las diferentes entidades estatales, lo cual implica como insumo, la evaluación desde el territorio de las necesidades propias de cada parcela de la geografía nacional para definir tanto las fichas técnicas o la fisonomía técnica de los objetos de las adquisiciones que el Estado en cada caso requiere.

ii. En la caracterización económica, al hacer una interpretación desde la perspectiva constitucional del principio de competitividad definido en el artículo 333 Superior y en armonía con el principio funcional de la igualdad descrito en el artículo 209 de la Carta, implica necesariamente que la planeación económica del negocio que comprende tanto la evaluación del mercado desde los análisis de oferta y demanda, como del estudio del sector, que comprende el desarrollo de una tarea de estructuración muy particular por parte de cada ente, lo que en principio excluye las estandarizaciones propias de documentos tipo que persiguen el

mejoramiento de índices de transparencia, quizá en detrimento de la autonomía de cada ente estatal.

Lo anterior teniendo en cuenta especialmente que en los niveles local, distrital y departamental, se persigue el logro de las necesidades de desarrollo muy propias de cada territorio y que la estandarización de documentos como los pliegos tipo imponen cargas excesivas para los entes de la periferia no solamente en materia de sacrificio del desarrollo planeado económicamente desde la proximidad, sino de las cargas que comprende la evaluación de procesos que por su estandarización demandan de equipos interdisciplinarios muy extensos para atender la evaluación de procesos con cantidades exorbitantes de oferentes que persiguen la adjudicación a cualquier precio en lugares recónditos del territorio en los que la planeación debería atender también las condiciones *sui generis* de ciertos lugares de la periferia nacional que los pliegos tipo sacrifican en defensa de la avanzada anticorrupción que se aplica como un mantra en el estado sin el detenimiento que requiere el análisis del impacto de éste tipo de instrumentos estandarizados sobre el desarrollo.

II. TÍTULO 2. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN Y DEL IMPACTO DE LOS DESARROLLOS GENERADOS POR CCE EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS TIPIFICADOS EN EL EGCAP

La lucha anticorrupción tiene desde hace varios años una voz más alta en la configuración del ordenamiento del EGCAP que la eficiencia y la eficacia de las adquisiciones del Estado, por lo que el análisis de las principales medidas incorporadas por el legislador en materia de transparencia frente a la eficiencia y eficacia que requiere la administración en materia de gestión contractual resulta relevante en el marco del presente documento.

Al final es preciso hacer un breve inventario de la gestión del denominado ente rector de la contratación estatal colombiana a la luz de las disposiciones de lucha contra la corrupción para proponer, desde una perspectiva crítica un conjunto de mejoras que podrían evaluarse en aras de la verdadera optimización de la gestión de la agencia, que tanto requiere el Estado Colombiano para no perder la perspectiva en los pasillos del populismo que tanto daño le hace al país por estos días.

I.I SUBTÍTULO 1. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN IMPUESTAS EN EL ESTADO COLOMBIANO

- *La definición del Régimen de Responsabilidad de Interventores y Supervisores.*

La definición de un régimen de responsabilidad para interventores y supervisores en el Estado Colombiano, que implica la asunción de cargas desproporcionadas para funcionarios con poca capacidad de maniobra para el logro de los cometidos que la norma impone, como es el caso de lo que bien describe el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 que indica textualmente que la supervisión e interventoría contractual comprende la *protección de la moralidad administrativa, la prevención de los actos de corrupción y la tutela de la transparencia de la actividad contractual*, excede en el mundo práctico las capacidades de estos funcionarios intermedios, que tienen en su artillería básicamente un salario, un bolígrafo y un computador.

Es claro que la pretensión del legislador fue determinar un responsable de detener el avance de la corrupción en materia de contratación estatal, a personas con pocas capacidades de maniobra para tan amplia responsabilidad. Si se analiza el alcance de cada una de las responsabilidades de las tres esferas señaladas, podremos encontrar, que ni siquiera instituciones enteras como la Fiscalía General de la Nación podrían acometer institucionalmente el cumplimiento de sendas responsabilidades.

Cuando se indica que la labor de estos dos agentes, a saber interventor y supervisor consiste en proteger la moralidad administrativa, entendida como el deber de corrección en el desarrollo de la gestión pública, de la prevención de actos de corrupción en el marco de la gestión contractual pública, lo que implica, incluso responsabilidad en la esfera de desarrollo de la ejecución contractual objeto de seguimiento en todas las parcelas y frentes de ejecución, desborda cualquier capacidad de control que pueda tener generalmente un funcionario tras un escritorio en dicha sede de lucha contra los actos de corrupción.

Es preciso indicar que no puede un simple supervisor garantizar que en cualquier lugar de la ejecución no se desarrollen actos de corrupción, pues no existe la capacidad logística para hacerlo, llevando a un escenario de responsabilidad de una amplitud inconmensurable por la que debe responder un simple funcionario que, en buena parte de los casos, tiene un cúmulo de objetos contractuales por supervisar, la mayoría de los cuales, generalmente con cierto nivel de complejidad.

Cuando se impone a dichos agentes la tutela de la transparencia de la actividad contractual, que en el acápite previo de los fundamentos constitucionales y legales de dicho principio, se comprendió que implicaba la publicidad de toda la actuación de la gestión contractual y la tutela del desarrollo objetivo de la selección en el marco del conjunto de reglas y principios que orientan las adquisiciones del Estado, resulta una tarea sobredimensionada para un funcionario que depende plenamente de su empleador, por ser generalmente un funcionario de libre nombramiento y remoción que no puede incidir en las decisiones de apego a la objetividad en las fases que comprende la denominada etapa pre contractual, a saber, la planeación y la selección en los negocios públicos, lo que hace prácticamente risible en el contexto internacional, que la norma encuentre culpables de aspectos que desbordan su capacidad en un escenario como el colombiano con una democracia costosa. Sartori (2007).

- ***La definición de Guías con pretensiones reglamentarias en ausencia del ejercicio de dicha facultad por parte del Gobierno Nacional.***

Adicional a lo anterior, es preciso indicar que al tenor de lo descrito en el parágrafo 2° del citado artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, se indicó que las responsabilidades de supervisores e interventores se reglamentarían por el gobierno nacional. Lo anterior se entiende en desarrollo de la facultad que la Constitución le impuso al presidente de la república en el numeral 11 del artículo 189 Superior, cosa que nunca ocurrió, dejando en manos de Colombia Compra Eficiente la expedición de una Guía de Funciones de Supervisión e Interventoría que se presumió vinculante durante mucho tiempo.

Por fortuna el Consejo de Estado Colombiano, lo delinee con precisión en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 11 de abril de 2019 con ponencia de la Consejera de Estado María Adriana Marín y radicado N° 11001032600020140013500 y NI 52.055 indicando que dichos instrumentos no se constituyen en documentos vinculantes para las entidades a las que se le aplican las disposiciones del EGCAP, salvo que las mismas las adoptaran a través de sus manuales de contratación.

Así las cosas, es preciso hablar acá necesariamente del desborde de facultades de CCE, que ha llevado a nutrir el entramado reglamentario confusamente en detrimento del mercado y de los agentes de la contratación estatal que en todo caso han sido sujetos de investigación en muchos casos con fuente en documentos que no tienen fuerza vinculante en los procesos como la citada Guía desgastando no solamente el Estado en sede de ejecución, sino en sede de control.

I.II SUBTITULO 2- EL ESTABLECIMIENTO DE PLIEGOS TIPO EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN COMPLEJOS CON FUNDAMENTO EN LA HABILITACIÓN LEGAL DESCRITA EN LA LEY 2022 DE 2020.

Una vez más la lucha anticorrupción ha impuesto una voz más alta a la necesidad de transparencia y reglas que la persigan, consagrando legalmente la facultad de emitir los documentos tipo de procesos de selección complejos como se dispuso en la citada ley 2022 de 2020.

No viene al caso acá hacer una relación de países en los que aun adoptando los estándares de pliegos tipo, persiste de forma notoria la corrupción como flagelo de la compra pública, lo que a la postre denota cierto nivel de ineficacia de la medida a pesar de haber sido sacralizada por los medios de comunicación en el país, algunos políticos populistas e incluso lo más triste por un sector de la academia colombiana.

Es posible incluso calificar de apresurado, sino de ligero el análisis de una parte de la doctrina que considera los pliegos tipo como solución idónea en la lucha contra la corrupción, para evitar la configuración de los denominados “pliegos sastre” o hechos a la medida de los otrora financiadores de las campañas de los ahora gobernantes de turno, sin mirar más allá de la defendida transparencia que en muchos casos no ocurre, aún en la aplicación de los mismos.

Lo que si ocurre con la estandarización de dichos pliegos tipo es que en efecto se estandarizan también los procesos e incluso los resultados de la planeación económica de los negocios, lo que no permite efectuar la necesaria caracterización económica con la precisión que demanda la identificación de realidades en lugares específicos de la geografía nacional, que resultan sacrificados por la adopción de fórmulas sacramentales que se estandarizan bajo el ritual de la racionalización de procesos en detrimento del propósito de las entidades territoriales y de los niveles intermedios de gobierno como los más damnificados en la aplicación de dichos estándares que no permiten movilizar con fluidez el aparato público desde la mentada autonomía para planear los negocios en el marco de sus propósitos institucionales, como lo ordenan las normas de carácter constitucional (Artículo 239 de la CN).

Lo anterior, en lugar de dar un plus a la gestión de CCE, la ha convertido en un ente pesado, generador de incertidumbre cotidiana, confuso, dubitativo frente a distintas circunstancias de las que ha sido objeto de consulta y finalmente invasor de facultades en varias de las fases y procesos definidos en la Constitución y la Ley

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Libros

Deik Acostamadiedo, C (2014) Guía de Contratación Estatal: Deber de Planeación y Modalidades de Selección. Editorial Abeledo Perrot.

Matallana Camacho, E. (2015) Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia.

Suárez Beltran, G. (2014) Estudios de Derecho Contractual Público. Pontifica Universidad Javeriana.

Sartori, G (2007) Qué es la democracia. Editorial Taurus.

Stiglitz, J. E. (2017) El Malestar en la Globalización. Editorial Taurus.

Sentencias:

Sentencia C-496/98 (1998, 15 de septiembre). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-496-98.htm>

Sentencia de Nulidad Simple Radicado 11001032600020140013500 NI 52.055. (2019, 11 de abril) Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A (María Adirana Marín C.P.)

BIBLIOGRAFÍA:

Barreto Moreno, A. (2019) El Derecho de la Compra Pública. LEGIS Universidad de la Sabana.

Montaña Plata y Otros (2017) Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. Universidad Externado de Colombia.

Ospina Perdomo J. M. y Otro (2017) Aspectos Penales de la Contratación Estatal. Editorial Universidad del Rosario.

Santofimio Gamboa J.O. (2000) Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Análisis con Fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia.

Becerra Salazar A. (2008) Los riesgos en la Contratación Estatal. Estimación, Tipificación y Asignación. Editorial Leyer.

Fandiño Gallo J. (2012) Modalidades de Selección de Contratistas. El Contrato Estatal. Editorial Leyer.

Matallana Camacho, E. (2015) Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia.

Deik Acostamadiedo, C (2014) Guía de Contratación Estatal: Deber de Planeación y Modalidades de Selección. Editorial Abeledo Perrot.

Suárez Beltran, G. (2014) Estudios de Derecho Contractual Público. Pontifica Universidad Javeriana.

Stiglitz, J. E. (2017) El Malestar en la Globalización. Editorial Taurus.

Sartori, G (2007) Qué es la democracia. Editorial Taurus.

