

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Presentado Por:
Rosa María Conde Masmela

Tutor:
Edgar Guarín Ramirez

Universidad Santo Tomas de Aquino
Facultad de Derecho
Especialización Derecho Administrativo
Bogotá, D.C.
2016

INTRODUCCIÓN

En materia de contratación Estatal, existe diferente interpretaciones de lo que puede ser el procedimiento para concluir con la escogencia de un contratista, los sistemas actuales y las normas que lo regulan se encuentran en un constante dinamismo, que buscan siempre darle herramientas que tengan en muchos de los casos un efecto vinculante y de obligatorio cumplimiento a las entidades públicas, para que estas a nivel interno reduzcan desde de todo punto de vista la posibilidad de la existencia de diferentes escenarios y de situaciones contraproducentes, que conlleven a desviar uno de los fines esenciales de los recursos Públicos que es propender por la ejecución de políticas públicas.

Por otra parte, es importante vislumbrar la tarea transcendental que en aras de darle todas las garantías al proceso contractual, ha tenido el desarrollo de principios que son de manera categórica llamados así por la injerencia de orden constitucional que ha tenido, sin olvidar con ello que se encuentran contemplados en diversos regímenes normativos, su solo nombre razonan en una sola palabra el fin que se busca, de ahí que estemos frente a un desarrollo equivalente a lo que en la constitución Política se ha llamado fines del Estado y los de la Contratación Estatal, estos fines requieren de unos principios que terminan siendo cruciales en el desarrollo de la tarea contractual.

En Colombia, en el transcurso de los años han sido varias las leyes, normas, decretos y sus respectivas modificaciones que han sido incorporadas para darle transparencia a los procesos

contractuales, lo cual ha permitido reducir en un gran número el flagelo de la corrupción, sin lograr aun una ausencia definitiva y de paso la prevalencia no solo de la obtención de utilidades para el contratista sino la visión de logros de manera conjunta, que enmarca cada una de las políticas públicas enfocadas y plasmadas en un Plan de Desarrollo.

Es precisamente la corrupción que ha enmarcado la Contratación Pública, lo que ha activado de manera simultánea señalamientos e intervención, por parte de los organismos de control, y del mismo modo darle a las veedurías ciudadanas un papel clave en el desarrollo de la actividad contractual que es adelantada por las entidades públicas, es de esa manera que con la intervención oportuna se lleven a cabo cada una de las actuaciones de manera que el cumplimiento de la ley solo conlleve a la obtención de unas utilidades justas para el contratista y un desarrollo estratégico de la entidad en pro de cumplir con las necesidades insatisfechas.

En virtud del mal fin que se le ha dado a la Contratación Pública, que ha dejado de tener ese nombre para estar enmarcada en intereses particulares, favores políticos y el desarrollo de figuras desleales, es que la normatividad que la rige a tenido unos cambios radicales, hasta llegar al desarrollo de modelos que rigen las atapas contractuales en cada una de sus modalidades, es de resaltar las implicaciones que también se le ha dado a las diferentes actuaciones de los contratistas, las cuales consisten en sanciones de tipo disciplinario y fiscal e inhabilidades para contratar con entidades estatales, todo cuando su conducta se ve envuelta en interés de índole particular que afectan la transparencia de los procesos contractuales, y que permiten la desviación de los recursos públicos a manos de particulares.

**FALTA DE CLARIDAD EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, ORIGINA
INTERPRETACIÓN SUBJETIVA QUE CONLLEVA A TRASGREDIR PRINCIPIOS
CONTRACTUALES?**

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Es necesario para darle una trazabilidad a los procesos contractuales, perfeccionar una estructura normativa, que permita suplir de manera incuestionable los vacíos que se han acrecentado dentro de las diferentes etapas pre-contractuales, contractuales y pos-contractuales, en este caso es de suma urgencia darle en una primera medida a los principios un carácter legal, en estas condiciones, se debe analizar la importancia de definir el alcance y naturaleza jurídica del pliego de condiciones, dentro del ámbito riguroso de su contenido donde este esté lejos de ser el resultado de la improvisación, y estar enmarcado en primera medida por el principio de planeación donde exista claramente una programación y por consiguiente claridad que permita a las entidades públicas fijar la transparencia de la actividad contractual.

Igualmente, resulta preciso realizar análisis suficientes, arduos, serios y precisos, antes de dar inicio a procesos de índole contractual, donde su falta de planeación y transparencia solo ponen en riesgo los recursos públicos.

En el año de 1991, el nuevo modelo político, económico, territorial y social programado en la constitución alentó la transferencia de recursos de la Nación a los restantes entes territoriales, la departamentalización y municipalización de la educación, el mantenimiento de

sus rentas y la adopción de mecanismos democráticos directos (consulta popular, revocatoria del mandato, etc.), como también una urgente adecuación del régimen legal al Estado Social de Derecho, en virtud de lo cual se procedió a la expedición de un Estatuto Contractual para la Administración Pública, ley 80 de 1993, señalada en su momento y advertida por sus gestores como modernista y ágil en la totalidad de sus regulaciones, con elementos participativos de la comunidad en el proceso contractual y herramienta eficaz para combatir la corrupción que había llegado a niveles alarmantes, admitidos estadísticamente por el Gobierno y reconocida por la comunidad misma como uno de los móviles que había inspirado la promulgación de una nueva carta suprema que aspiraba a modificar las costumbres éticas de los colombianos. (Rico Puerta, 2007, P.10-11).

A este respecto, se ha enfocado el fortalecimiento de la Contratación Estatal, con el desarrollo de diferentes leyes, Decretos, Manuales e incluso de paginas que permite a las entidades desarrollar una politica de transparencia dentro de la actividad contractual, y por consiguiente velar por el ofrecimiento mas favorable para la entidad y que estos cumplan con la satisfaccion de necesidades enmarcadas en el fin del desarrollo de estrategias y programas destinados a la comunidad, y no a suplir intereses particulares dandose asi la motivación subjetiva.

En consecuencia, al querer la unificación de los procedimientos contractuales, se busca un objetivo que es trazar una ruta de claridad e imparcialidad absoluta, dando a los posibles contratistas una seguridad que enmarca los criterios de selección, en cada una de las etapas que se deben surtir en el proceso contractual, la ley a desarrollado diferentes criterios para

poder tener el control de los procedimientos pero tambien permitiendo la descentralización administrativa y financiera para adelantar al interior de cada entidad, siendo Departamental y Municipal procesos contractuales determinando modelos de escalas presupuestales de acuerdo a la categoria e ingresos del respectivo Municipio y Departamento.

La simple observacion de la diversidad de la estructura pública, que muestra la magnitud de sus presupuestos, las necesidades por satisfacer y la apremiante urgencia que gobernantes y gobernados tienen de detectar y solucionar sus deficientes, recomendaba dejar en manos de la propia colectividad, por intermedio de sus autoridades, la determinación de la forma contractual que constituyera respuesta agil para quienes viven el conflicto y sufren la demanda de su solución, dentro de un marco de legalidad absoluto. (Rico Puerta, 2007, p.11).

Por ello se hace necesario mencionar cada uno de los partícipes de la Contratación Pública, quienes en sus diferentes etapas son los que cumplen la función de velar por el cumplimiento adecuado de los fines de la contratación, Según el Decreto 1082 de 2015 son:

- 1) Las entidades estatales que adelantan procesos de contratación, en los términos de la ley,
- 2) Colombia Compra Eficiente.
- 3) Los oferentes en los procesos de Contratación.
- 4) Los contratistas.
- 5) Los Supervisores.
- 6) Los interventores.
- 7) Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la Ley.

A pesar de estos temas que se dejan reseñados, es justo reconocer que la Ley 80 de 1993 contiene aspectos positivos que merecen resaltarse.

El primero y quizá mas determinante, su vinculación deliberada con los principios y valores constitucionales. A la par, está su pretensión de atenuar el formalismo negocial público, la reformulación de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, la diferenciación entre principios negociales y potestades excepcionales, lo cual no siempre tuvo clara consagración legal, la unificación de categorías negociales, acabando con los contratos de derecho privado y de derecho público de la administración, la universalidad de sus prescripciones, la aplicación de la técnica de la integración de las disposiciones civiles, comerciales, especiales o de la autonomía de la voluntad, en los aspectos no regulados expresamente en ella, la redefinición de las relaciones entre las partes negociales al circunscribir la mutabilidad del contrato por vía de las potestades excepcionales a algunos negocios estatales, el otorgamiento de capacidad negocial a patrimonios autónomos tales como los consorcios y las uniones temporales, valiéndose del poder de configuración legislativa que la Corte Constitucional encuentra conforme al orden jurídico, el señalamiento de los fines de los contratos como idénticos a los fines del Estado, la supresión de trámites, la utilización obligatoria de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, la consagración del silencio administrativo negocial positivo, la adjudicación de contratos en audiencia pública, la atribución de competencia exclusivamente a los representantes legales de las entidades estatales, la permisión para constituir sociedades *sui generis* cuya duración no puede ser inferior a la del término del contrato y un año más, un notorio énfasis en la garantía única, el señalamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como escenario obligado para toda la discusión jurisdiccional sobre el negocio estatal, la adopción y reconocimiento de la teoría de la imprevisión como deber y facultad de las partes negociales, el amplio reconocimiento a las veedurías ciudadanas, entre otros. Igualmente, es forzoso

reconocer el esfuerzo del gobierno en combatir la corrupción. Múltiples dependencias y entidades disponen para el servicio de la comunidad, herramientas con tal fin. (Rico Puerta, 2007, p.21.).

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Según lo manifiesta Rico Puerta, 2007, p.23. “Los principios son reglas esenciales para la vida social ordenada, segura, solidaria, pacífica y justa, dictadas e impuestas por la realidad objetiva, incidida por la historia”.

Con el desarrollo de la normatividad contractual, se ha buscado darle a los principios el carácter de base, que permitan la solidez necesaria en cada una de las actuaciones que requiere la actividad contractual, esos principios tienen un rango constitucional y hacen parte de la función administrativa, desarrollados para lograr con ellos llegar a los fines del Estado y por consiguiente el carácter social de derecho.

El artículo 23 de la ley 80 establece: Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

DEL PLIEGO DE CONDICIONES, SU CONTENIDO E INTERPRETACIÓN

Los Pliegos de Condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escongenia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, consagra (...) En esa perspectiva, con arreglo a la ley 80 de 1993 se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoarquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada-civil o comercial-, los generales del derecho y los del derecho administrativo. Como se advierte, toda la actividad contractual de la administración pública e rige por un plexo juridico bastante amplio que permite la integración de pincipios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regiran por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. (Accion de Nulidad y Restablecimiento del Derecho-Contractual, 2013).

De igual forma, el Consejo de Estado mediante la Accion de Nulidad y Restablecimiento del Derecho-Contractual, 2013, establecio “Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto juridico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y

que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico.

Teniendo en cuenta lo mencionado, en los pliegos de condiciones se deben establecer de manera precisa, los requisitos que deben suplir y de la misma manera cumplir los oferentes, para poder participar en la actividad contractual, ser claro con los factores de evaluación y de la calificación de las ofertas, lo cual permite la concurrencia de los oferentes, y que no exista una interpretación subjetiva que pueda vislumbrar falta de transparencia en el proceso contractual.

Es menester de la entidad estatal establecer cuales son los requisitos habilitantes, que conlleven un paso positivo y dar por superada la etapa inicial, lo cual permite identificar una idoneidad que es enmarcada por la entidad, dentro del rango de necesidad, idoneidad y responsabilidad, ya que dentro de esa etapa mas que oferentes se estaría hablando de posibles contratistas, que deben contar con unos requisitos que conlleve a los cometidos establecidos en el proceso contractual, y que de igual manera hacen parte a programas, políticas, estrategias y demás actuaciones que reconozcan el cumplimiento de los fines estatales.

Uno de los elementos, que plasma como una hoja de vida cada una de las relaciones contractuales adelantadas por particulares con entidades públicas es el RUP, en donde se plasma la capacidad jurídica, financiera, experiencia y de organización del proponente, requisitos que permiten llevar a cabo su verificación clasificar a los proponentes y poder proceder a la clasificación de sus ofertas, ya que sus condiciones respecto a los elementos

mencionados lo hacen una persona que cumple con factores determinantes para poder ejecutar lo propuesto por la entidad como objeto dentro del proceso contractual.

Partiendo de los presupuestos anteriores, es deber de la entidad estatal, redactar con una claridad el contenido de los pliegos, además ser minucioso, preciso y proporcional teniendo como precedente la naturaleza y el valor del contrato, extendiendo la proporcionalidad al objeto del contrato, el plazo, su valor, forma de pago, complejidad y los riesgos que se pueden presentar tanto para el contratista como para la entidad.

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, los que “...podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.” (Consejo de Estado, 2014).

Como se puede inferir, y con la evolución de la actividad contractual en la búsqueda de la perfección, ya que estamos frente a asignación de recursos públicos y dineros que hacen parte del erario de todos y que por consiguiente su destinación debe darse a la ejecución de las políticas públicas trazadas en un plan de desarrollo o de una necesidad de la entidad, ya no se pueden rechazar ofertas por aspectos de carácter formal, posición adoptada dentro de la actividad contractual, cuando se está frente a ofertas incompletas no se dará un rechazo de

plano, debe existir por parte de la entidad una ponderación a la falta de requisitos o documentos que se presentan, y mediante un documento motivado dar un concepto jurídico indeterminado que conlleve a una decisión correcta, y es la entidad la encargada de mostrar los aspectos que generan duda y por consiguiente no permiten la evaluación de manera objetiva, no es la entidad la que da posibilidades ante dichas discrepancias, por consiguiente no es un derecho que ella concede, es un derecho que tiene y es inherente al contratista.

Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección: pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la ley 80 de 1993. (Pública, 2015).

Es decir que se da la oportunidad a la administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en el que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendas, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados. (2007).

La sala siempre ha considerado una condición clara e indiscutible de los procesos de selección de contratistas, la intangibilidad del pliego de condiciones; así lo reiteró en reciente providencia. En la cual sostuvo:

“a) La carga de claridad y precisión en la elaboración de las reglas en los pliegos de condiciones y su obligatoriedad, el pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso...

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación (No. 1), y responderán en el caso de que hubieran abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”. (2007).

Todo lo expuesto permite establecer, que desde el inicio de las actuaciones contractuales, se debe prever cada una de las cosas y circunstancias que se puedan presentar, trazando una delgada línea entre la importancia de la prevalencia de los principios que son en si la base fundamental de la actuación contractual, los cuales deben estar intrínsecos de manera rigurosa por parte de la entidad estatal.

El quebrantamiento del uso de los principios contractuales, en el momento de desarrollar documentos que con posterioridad crean vínculos de carácter jurídico, desde toda óptica de la vocación pública, debe concebirse como una virtud y no como una victoria política, o como la oportunidad para aumentar la riqueza o favorecer intereses particulares. La ética pública se rige por el respeto sagrado por lo público, por sus destinatarios y por sus recursos. (Cardenas, 2016) .

CONCLUSIONES

Alrededor de la actividad contractual, se debe entender como primera medida, que se esta frente a dineros que pertenecen a una comunidad, que su único objetivo trazado es poder con la adquisición de bienes, obras, o de trabajo de personal llegar a suplir las necesidades que enmarcan el desarrollo de un territorio.

Para el Estado Colombiano, ha sido un esfuerzo grande poder adoptar medidas que conlleven a una unidad de materia en lo que tiene que ver con la actividad contractual, no es menos cierto que las instituciones se pueden fortalecer, crear mecanismos de vigilancia, sancionatorios y de otro indole, pero lo que se debe lograr es mentalizar a las personas que deciden hacer parte de la actividad contractual, como contratistas, supervisores, interventores incluso como servidores públicos, es que sus actuaciones estan precisamente trazadas para ello, servir a la comunidad, y que su grado de utilidad sea fruto de un trabajo transparente que permita servir pero de igual manera lograr un lucro proporcional, sin llegar a trasgredir derechos, y mucho menos realizar actividades enmarcadas en la corrupción.

Nunca va ser suficiente cuando se trate de la standarización de procedimientos, que permitan la correcta destinación y ejecución de los recursos públicos, porque cuando se menciona esa palabra debemos dimensionarla como tal, dinero de todos, dinero para todos y lo mas importante dinero que debe er tratado como un verdadero tesoro, en la actualidad y de manera infortunada, se ve el poder como la capacidad de amasar de manera rapida una fortuna sin importar las personas que se puedan perjudicar con ello.

Se esta viendo la corrupción en la actividad contractual, desde el momento mismo de la elaboración de documentos como lo son el Pliego de Condiciones, los cuales ya estan direccionados en su contenido, para que se auna persona especifica la que logre la adjudicación de un contrato, sin tener en cuenta que ella cumpla o no, con los requerimientos qeu en muchso casos deberian ser maximos cuando se trate de recibir, distribuir y manejar recursos públicos, Colombia requiere que sean las personas que fortalezcan las instituciones y no seguir creando instituciones que castiguen las malas conductas.

