

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**



**Facultad de posgrado**

**Especialización en Contratación Estatal**

**Trabajo de grado**

**DESVIACIÓN Y ABUSO DEL PODER EN LAS CONTRATACIONES  
ESTATALES**

**AUTORES:**

**Jhoan Sebastián Bejarano Torres**

**Nataly Anaya Arcia**

**Jair Germán León Guerrero**

**Línea De Investigación  
DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA  
INCLUSIÓN SOCIAL**

**Sub-línea**

**CONTRATACION ESTATAL**

**Bogotá D.C.**

**2016**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**



**Facultad de posgrado**

**Especialización en Contratación Estatal**

**Trabajo de grado**

**DESVIACIÓN Y ABUSO DEL PODER EN LAS CONTRATACIONES  
ESTATALES**

**AUTORES:**

**Jhoan Sebastián Bejarano Torres**

**Nataly Anaya Arcia**

**Jair Germán León Guerrero**

**Profesor tutor:**

**David García Vanegas**

**Bogotá D.C.**

**2016**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>JUSTIFICACION.....</b>	<b>1</b>
<b>PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS.....</b>	<b>2</b>
-Area problemica.....	2
-Problema.....	2
-Hipótesis.....	3
-Objetivo General.....	3
-Objetivo Específico.....	3
<b>ESTADO DEL ARTE.....</b>	<b>4</b>
-Rai 1.....	4
-Rai 2.....	7
-Rai 3.....	15
<b>MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL.....</b>	<b>18</b>
-Las etapas del proceso contractual.....	18
-Etapa previa – planeación.....	19
-Etapa precontractual.....	22
- Etapa contractual.....	25
- Etapa pos contractual.....	27
- La planeación.....	28
- Posición Dominante.....	35
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>40</b>
<b>ENFOQUE METODOLÓGICO.....</b>	<b>41</b>
<b>CRONOGRAMA.....</b>	<b>42</b>
<b>PROPUESTAS.....</b>	<b>43</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>44</b>

## JUSTIFICACIÓN

La conveniencia de realizar esta investigación es para encontrar, identificar y determinar cuáles son los factores o situaciones que rodean las entidades estatales y de una u otra manera se abusa de la posición en la organización estatal para manipular y/o favorecer a determinado grupo de particulares participes en los procesos de contratación.

La relevancia social se fundamenta con relación al tema a estudiar toda vez que los recursos del Estado deben ser muy bien administrados y es deber de todos los ciudadanos velar la efectiva administración de estos recursos por el efectivo funcionamiento tiene una transcendencia para la sociedad y todas aquellas personas que participan en procesos de selección y de esta manera obtener los mejores recursos de la administración. Siempre actuando bajo los principios constitucionales de transparencia, igualdad y publicidad.

Las implicaciones prácticas corresponde a permitir que la sociedad está respaldada por dirigentes que se esfuercen en adelantar procesos de contratación que satisfagan las necesidades de los administrados sin que se trasgredan los principios fundamentales de la contratación estatal, sin favorecer a ningún oferente, toda vez que si bien son reales las violaciones ya que hoy en día vemos entidades estatales que trasgreden de cierto modo los principios como los anteriormente mencionados y esto debe ser regulado y tratar de resolver cierto problema planteado.

El valor teórico aportado en esta investigación servirá para llenar conocimientos y desarrollar más la teoría contractual en los procesos y en las etapas contractuales para que las entidades no violen y no abusen de su poder ya que hoy en día se presentan estas infracciones.

En la utilidad metodológica es necesaria para toda esta investigación ya que nos permite identificar como las entidades estatales abusan de su poder y así saber qué instrumentos podremos utilizar para garantizar y desarrollar métodos que permitan fortalecer en lo posible las etapas y procesos de selección en la contratación.

## **PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS**

### **Área Problemática**

#### *Proposiciones problemáticas*

El abuso de poder por parte de las entidades estatales frente a los oferentes, transgrede los principios constitucionales y contractuales.

La manipulación y favorecimiento de las entidades estatales en las etapas contractuales de los procesos, sin medir su impacto social.

Las necesidades de los administrados bajo el amparo de una situación o factor de tipo contractual con el Estado, pueden ser objeto de abuso de la posición dominante de la entidad contratante.

¿Las entidades Estatales al usar las cláusulas o condiciones contractuales de manera impositiva, pueden llegar a violar el principio de planeación?

¿Las entidades estatales realmente en sus procesos de selección implementan e identifican los principios constitucionales?

¿Las etapas en los procesos contractuales permiten desarrollar de manera efectiva los fines del Estado?

Habría una manera efectiva de desarrollar las etapas del proceso contractual de tenerse en cuenta los elementos del principio de planeación.

Con el comité estructurador aplicando los principios fundamentales, el pliego de condiciones contractual tendrá mayor efectividad.

#### **Categorías**

Entidades estatales Abuso de la posición Participes en los procesos de contratación. La relevancia social Recursos del Estado Efectiva administración de recursos Principios constitucionales de transparencia, igualdad y publicidad. Procesos de contratación Necesidades de los administrados Los principios fundamentales de la contratación estatal,

Entidades estatales que trasgreden La teoría contractual en los procesos Etapas contractuales Utilidad metodológica Garantizar y desarrollar métodos Las etapas y procesos de selección en la contratación.

#### **Problema**

La posición dominante de las entidades estatales en el proceso contractual vulnera el principio de planeación afectando las necesidades de los administrados.

### **Hipótesis.**

La normatividad plantea que el Estado debe desarrollar los procesos contractuales con el objetivo de garantizar y/o suplir las necesidades de los administrados. Es necesario determinar una manera efectiva de desarrollar las etapas del proceso contractual teniendo en cuenta los elementos del principio de planeación.

### **Objetivos**

#### ***General***

Determinar una manera efectiva de desarrollar las etapas del proceso contractual teniendo en cuenta los elementos del principio de planeación enfrentando la posición dominante de las entidades estatales.

#### ***Específicos***

Identificar las etapas del proceso contractual

Analizar los elementos del principio de planeación contractual.

Describir la posición dominante de las entidades estatales en el proceso de contratación.

## **ESTADO DEL ARTE**

### **Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)**

#### **RAI 1**

**Tema:** El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal

**Investigadora:** Eddy Alexandra Villamizar Schiller

**Institución:** Universidad del Rosario

**Año de realización:** 2006

**Tipo de trabajo:** Artículo Maestría

#### **Problema planteado**

En la opinión pública, el tema de la contratación estatal ha generado amplios cuestionamientos desde el punto de vista del manejo de los recursos gubernativos que evidencian el área de la contratación pública como sensible a la corrupción. Esta preocupación ha generado la implementación de diversos mecanismos jurídicos que pretenden evitar estas prácticas; entre ellos, la acción popular se erige como medio de protección de los derechos colectivos, uno de los cuales es la moralidad pública.

No obstante, la incorporación de este instrumento procesal presenta varios interrogantes jurídicos en su aplicación práctica, que van desde la posible lesión a los derechos de los contratistas hasta las dificultades que debe afrontar el juez al precisar y delimitar la moralidad en los contratos estatales como derecho colectivo objeto de tutela.

#### **Hipótesis.**

La prevalencia de intereses particulares sobre el denominado interés general, el abuso del poder calificado comúnmente como “prácticas corruptas”, suele traducirse en fenómenos diversos, que evidencian el área de la contratación pública como sensible a la corrupción.

#### **Objetivos**

Estudiar la moralidad administrativa como derecho colectivo susceptible de protección a través de la acción popular y que pueden contribuir a conformar una visión integral de la moralidad administrativa como derecho colectivo objeto de protección.

Efectuar una revisión del tema desde dos ópticas, la primera corresponde a la verificación de la antigua relación de moral y derecho, que contribuirá a resaltar las respuestas que la doctrina jurídica ha realizado sobre el tema, con el fin de no caer en discusiones superadas por la teoría jurídica; la segunda parte tiene por objetivo verificar cómo en los asuntos públicos, especialmente en la contratación estatal, este derecho implica el retorno a los principios clásicos del derecho administrativo y los problemas particulares que afrontan en su aplicación e interpretación.

#### **Fuentes bibliográficas consultadas:**

Se consultaron 35 obras (Doctrina), entre ellas 2 de Londoño Toro, Beatriz, 2 de Pérez Luño, Antonio Enríquez, 4 de Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 16 Jurisprudencias.

#### **Metodología O Enfoque Metodológico**

El artículo o trabajo, basado en el paradigma socio-crítico se fundamenta en un análisis de conexidad entre el derecho y la moralidad administrativa, bajo un enfoque socio-jurídico de carácter analítico e interpretativo de tipo bibliográfico.

#### **Desarrollo**

La investigación adelantada dentro del artículo, permite reflejar diversos aspectos, de tipo moral y de carácter jurídico social, sobre la manera en que aborda la administración pública la contratación estatal en Colombia. Haciendo una descripción de la percepción que se tiene por parte de la sociedad frente a la contratación por una parte, y por otra, efectuando un análisis desde el marco jurídico conceptual de los diferentes aspectos que deben contener una adecuada gestión de los recursos gubernativos que dan el impulso a las diferentes etapas de contratación y paralelamente referenciando el mal manejo que es percibido por la sociedad por parte de las entidades estatales.

Da un enfoque filosófico al tema, en la necesidad de restablecer los principios éticos del derecho administrativo, en aras de reposicionar el interés general y el bien común, como pilares dentro de la administración pública, definiendo marcos de relación y conceptualización sobre la moralidad y el derecho y la injerencia o reciprocidad de estos, para la adecuada aplicación de los recursos en la contratación pública.

Hace también un análisis crítico, frente la posición dominante de las entidades estatales frente a su asociado contractual (contratista) durante el desarrollo y/o ejecución

de los contratos suscritos, observándose vehementemente como las entidades se imponen sin medir el impacto jurídico social que se genera a los contratistas, visto también desde un contexto antropológico y psicológico en donde subsiste la subjetividad del ser humano.

Define los alcances de la norma sobre los aspectos comportamentales de quienes intervienen en la contratación estatal, ya que explica que la norma es una manera de regular el bien común, que debe partir del interés general y no basarse en el mero interés particular o personal, aspectos estos que desdibujan los pensamientos más egoístas del ser humano.

Detecta también, como la entidad administrativa, se auto reviste de facultades para ejercer modificaciones a los contratos bajo el amparo de una necesidad coyuntural más que de una adecuada planeación, ubicando al contratista en una posición de aceptación tácita o subordinada a efectos de no entrar en confrontación con el Estado.

Exalta el hecho que la moralidad administrativa adquiere la categoría de principio constitucional de la función pública por vía del artículo 209 de la Carta Política, desarrollado en la Ley 489 de 1998, como principio constitucional en tal sentido recibe el carácter jurídico demarcado que le confiere el sistema de ser medio de interpretación y susceptible de aplicarse normativamente, por obra del legislador o del juez y aclara por otra parte que la moralidad administrativa, se encuentra claramente enunciada en el artículo 88 de la Constitución, ubicada como una categoría de los derechos humanos de tercera generación, en un evidente reconocimiento constitucional de la evolución de estos derechos, los “derechos de las tres generaciones”, esto es, los civiles y políticos, los económicos y sociales y los colectivos, que corresponden con la trayectoria evolutiva del Estado de derecho.

Establece la procedibilidad del ejercicio de la acción popular para controvertir un contrato que vulnera los derechos colectivos, la cual se erige como medio de protección, siendo una de las más relevantes dentro de la contratación estatal en ejercicio de la moralidad pública.

## **Conclusiones**

El interés general, el bien común y el servicio público son reconocidos por la investigadora como derechos soportados en principios, que a su vez son descritos como categorías morales, siendo ellos el interés general, el bien común y el servicio público.

La teoría jurídica reconoce un derecho nutrido de principios que en materia administrativa se han identificado como verdaderas categorías morales, siendo ellos el interés general, el bien común y el servicio público.

La acción popular, se erige como una herramienta jurídica que propende por la eficaz protección de los principios ante las actuaciones de la administración pública, dada la tendencia del hombre de hacer prevalecer sus apetitos personales sobre los intereses colectivos.

Deja en contexto la responsabilidad y los derechos que le asisten al contratista cuando por la vía de la acción popular los ve suspendidos o anulados y procura su restablecimiento.

### **Propuestas**

Es viable afirmar que la moralidad administrativa como principio jurídico de la administración pública recoge e incorpora para sí los principios clásicos del derecho administrativo como son interés general, bien común, transparencia, entre otros.

El concepto “interés general” debe ser observado en conjunto por los diversos actores políticos, gubernamentales, privados, por las organizaciones sociales y los ciudadanos como partes integrantes de la comunidad social, más aún cuando en su participación involucran asuntos que son de interés de la colectividad.

En caso que el contrato estatal amenace algún derecho colectivo; la acción popular resulta procedente, por su carácter principal y no subsidiario, en protección de los derechos a la moralidad administrativa y patrimonio público. La legitimidad de la acción recae en todo ciudadano que se evidencia afectado, como interesado o posible sujeto contractual en un proceso.

Resulta entonces viable analizar la legalidad de un contrato y proceder a suspenderlo o anularlo, invocando las causales de nulidad reservadas para el ejercicio de la acción contractual.

### **RAI 2**

**Tema:** La acción de repetición estatal ecuatoriana como posible instrumento de abuso de poder

**Investigadores:** Rivas Casaretto María Dolores.

**Institución:** Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

**Año:** 2014

**Tipo de trabajo.** Tesis Final Previa a la Obtención del Grado de Magister en Derecho Administrativo.

**Problema planteado:**

¿De qué manera la acción de repetición estatal podría convertirse en un medio de abuso de poder Público?

**Hipótesis:**

La acción de repetición estatal podría ser un factor positivo para que mejore el servicio público en la República del Ecuador, pero también podría convertirse en un medio de abuso de poder al no existir legislación que limite su planteamiento y aplicación.

**Objetivos**

*General.*

Demostrar que la posibilidad del planteamiento de la acción de repetición estatal contra los servidores estatales es un factor positivo para que aquellos mejoren la calidad del servicio público.

Investigar si el ejercicio de la acción de repetición estatal sería un mecanismo de abuso de poder

*Específicos:*

Comparar la calidad de los servicios públicos en el territorio ecuatoriano.

Explicar la reacción de los ciudadanos ecuatorianos ante la posibilidad de que el Estado los indemnice por daños a ellos causados por una inexistente o por una mala prestación de servicios públicos.

Analizar la reacción de los ciudadanos ecuatorianos ante el derecho que tiene el Estado de repetir contra los servidores estatales que hayan causado el daño que fue indemnizado.

Analizar la reacción de los servidores públicos ante la posibilidad de que sean enjuiciados para que repitan el pago que hizo el Estado 8 ecuatoriano por indemnización de daños a los usuarios de los servicios públicos.

Analizar si mejoraría la prestación de los servicios públicos por el efecto coercitivo que podría ejercer la acción de repetición a favor del Estado contra los servidores estatales.

Descubrir si habría abuso de poder, y con ella persecución política, contra servidores estatales por parte de las autoridades públicas al ejercer la acción de repetición.

Estudiar la situación jurídica de la repetición a favor del Estado, plasmada en las leyes existentes y en el proyecto de ley.

Revisar casos en que en las sentencias condenatorias contra el Estado ecuatoriano a que indemnice por daños, se haya ordenado repetir contra servidores estatales.

#### **Fuentes:**

Textos de doctrina consultados 29 obras, entre ellas, 2 García De Enterría, 2 de Martínez Morales, Rafael I, 2 de Zavala Egas, Jorge, entre otros. Normatividad: normas del Ecuador relacionado con el tema de investigación. Juicios, Jurisprudencia y Oficio Estudiados, relacionados con la jurisprudencia del Ecuador.

#### **Metodología O Enfoque Metodológico:**

La investigación, partiendo del paradigma socio-crítico, tiene un enfoque socio-jurídico, de carácter no experimental, con un trabajo de campo.

#### **Desarrollo:**

El Estado tiene derechos y obligaciones para con sus habitantes o “ciudadanos” que es el garantizar los derechos de ellos, tanto fundamentales como civiles, y el prestar servicios públicos en todo ámbito de la vida del ciudadano: alimentación, salud, educación, trabajo, bienestar físico y mental, seguridad nacional contra ataques de otros Estados y seguridad interna contra vandalismo y delincuencia.

El servicio público que debe prestar el Estado es la obligación que tiene éste frente a sus ciudadanos percibida por ellos diariamente, es por tal razón que ese servicio tiene una calidad que cumplir, la de ser óptimo, calidad que está exigida en el ordenamiento jurídico de los Estados.

En el caso de la República del Ecuador, la obligación estatal de prestar servicios de óptima calidad está exigida en su Constitución y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La administración de un Estado se manifiesta a través de la atención que éste dé a sus habitantes. Esa atención consiste en prestar servicios públicos, los cuales deben ser de óptima calidad para satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

El manejo de la administración estatal está a cargo del recurso humano denominado “servidor público”, término doctrinario y legal que incluye dos categorías jerarquizadas: autoridades o categoría de mando y funcionarios o subalternos, todos ellos con cargos específicos y con responsabilidades determinados por leyes y reglamentos, teniendo más responsabilidades los servidores de mayor jerarquía.

El recurso humano estatal es también conocido con el término “talento humano” porque a más de ser un recurso, es el factor del Estado que piensa, tiene afectos y ejecuta la administración pública desarrollando la prestación de servicios a los habitantes. Como los servicios públicos deben tener óptima calidad, todos quienes integran el talento humano son responsables por sus actos y por los contratos que suscriban a nombre de la institución a la que pertenezcan.

La responsabilidad del servidor público se deriva de la que tiene el Estado para con sus habitantes, naciendo ésta de la inexistente o deficiente prestación de los servicios que debe darles e indemnizando a los ciudadanos afectados por esa falta o deficiencia. Esta situación jurídica está enmarcada en el ámbito judicial al ser el juez la autoridad estatal ante quien los afectados presentan su demanda por daños ocasionados y, por ende, es quien decide si hay lugar o no al pago de indemnizaciones.

Cuando el Estado es condenado judicialmente a indemnizar a los afectados, como producto de su responsabilidad en prestar servicios públicos, y que estos sean de óptima calidad, al ejecutar el pago nace su derecho a repetir por lo pagado contra el servidor o los servidores responsables por el daño ocasionado.

En la República del Ecuador, la responsabilidad del Estado por su falta o por su mala prestación de servicios públicos está en la Constitución, al igual que el derecho de éste de repetir contra los servidores incurso en la responsabilidad por el daño ocasionado.

El derecho de repetición es una institución jurídica del Derecho Civil que data del Derecho Romano de la era republicana en Roma, y está inmerso en los Códigos Civiles basados en el Código Civil Francés, también conocido como “Código Napoleónico”. Esa institución civil también es aplicable al Derecho Público cuando es el Estado quien tiene derecho a repetir.

En términos del Derecho Civil, repetir significa cobrar lo pagado indebidamente a causa de una obligación que no le correspondía al pagador, con el fin de mantener el

equilibrio económico de quien pagó. Esa figura jurídica tiene, a su vez, detalles que observar y limitaciones que considerar para que la repetición sea justa y no se convierta en una figura abusiva a favor de quien tenga derecho a la repetición, lo cual está previsto en el texto de la Codificación del Código Civil ecuatoriano.

En el Derecho Público, el tratamiento jurídico de la repetición se da a favor del Estado, como pagador de indemnizaciones a favor de los administrados afectados por un daño causado por un inexistente o por un deficiente servicio; o por un abuso a los derechos humanos. En este caso, el Estado no es un pagador injusto, pero, por ser un ente manejado por administradores públicos, son estos quienes deben repetir, por sus propios derechos, lo pagado por el Estado, concepto que está previsto en algunos las Constituciones de países de occidentales, entre ellos, la República del Ecuador.

El derecho a repetir se debe ejercer, según el Derecho Civil y el Derecho Público ecuatorianos, a través de la Función Judicial. En caso de que el Estado ecuatoriano ejerza ese derecho, el planteamiento de su acción la debe ejecutar el Procurador General del Estado, autoridad que representa judicialmente al Estado ecuatoriano, por orden constitucional y legal; y, el órgano de justicia donde se debe ventilar la acción es el tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito al que pertenezca el demandado.

En esa acción, la parte demandada será el servidor o los servidores públicos a quienes se les impute la responsabilidad de haber ocasionado un daño a un habitante o a varios de ellos, y por tal, el Estado tuvo que pagar indemnizaciones, pero, dada la situación, el problema está en que no hay claridad en cuanto al procedimiento para pedir al Procurador General del Estado que ejerza la acción de repetición, tampoco respecto a los puntos en que se debe basar la demanda para pedir la repetición ni de los límites para el Estado ecuatoriano en su pretensión porque se carece de una ley que regule tal acción judicial.

Tal carencia normativa podría generar un problema si las autoridades, haciendo uso de la acción de repetición estatal, la convierten en un medio de abuso de poder, razón suficiente para que se emita la ley reguladora, que en Ecuador está en proyecto para segundo debate.

El estudio pretende descubrir si la acción de repetición estatal se constituiría en un factor de coerción contra el servidor público para que éste evite generar daños a los ciudadanos en la prestación de servicios públicos; e, investigar si el ejercicio de dicha

acción podría convertirse en un medio de abuso de poder por autoridades administrativas o judiciales.

El derecho del Estado de repetir contra el servidor o servidores que causaron el daño indemnizado se ejercer mediante una acción judicial denominada “acción de repetición estatal” que, en la República del Ecuador corresponde ejercerla a la máxima autoridad de la entidad que pagó la indemnización y al Procurador General del Estado, este último es el representante judicial del Estado ecuatoriano, conforme lo determina la Constitución.

Es menester considerar que el ejercicio de la acción de repetición podría convertirse en un medio de abuso de poder cuando la autoridad obligada a iniciarla involucre a servidores que no tengan responsabilidad alguna con el daño indemnizado, pero que sus labores en la institución desagradan a la autoridad demandante.

En el Ecuador existen dos leyes que regulan la acción de repetición: el Código Orgánico de la Función Judicial, que regula la acción en casos de perjuicios ocasionados en la administración de justicia, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que regula la acción en casos de atropellos a los derechos humanos.

Pero, en cuanto a la regulación de la acción de repetición estatal por daños ocasionados por la inexistente o por la deficiente prestación de servicios públicos, no existe aún ley en la República del Ecuador, sólo hay un proyecto denominado “Ley de Repetición”, el cual está listo para ser analizado en segundo debate por la Asamblea Nacional, de tal suerte que el ejercicio de esta acción solamente se ejecuta por disposición constitucional, ventilándose en la vía Contencioso-Administrativa.

### **Conclusiones relativas a los objetivos específicos**

En cuanto a la comparación de la calidad de los servicios públicos (en su mayor parte domiciliarios) en el territorio ecuatoriano, la investigación analizada demostró que es disímil porque en el sector rural de la costa ecuatoriana, algunos de los servicios que reciben son deficientes, como los caminos vecinales, suministro de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica; y, en algunos casos estos servicios son inexistentes, como por ejemplo la vigilancia policial.

Mientras que en el sector urbano la mayoría de los encuestados, tanto en barrios de clase alta, media y proletaria, coincidieron en recibir servicios públicos de buena

calidad como las carreteras, de muy buena calidad como la telefonía fija que otorga la Corporación Nacional de Telecomunicaciones; y, algunos servicios fueron calificados de excelente calidad como el servicio de agua potable, alcantarillado y energía eléctrica.

La reacción del ciudadano ecuatoriano ante la posibilidad de que el Estado le indemnice por daños y perjuicios, ocasionados por una inexistente o deficiente prestación de un servicio público, fue de certeza para la clase alta y media, mientras que para la clase baja (urbana y rural) fue de incertidumbre, pesimismo, y en algunos casos de asombro por ignorar que existiera esa posibilidad; consideraciones y sorpresas que están vinculadas con su bajo nivel de instrucción, lo que conlleva al desconocimiento de sus derechos ante el Estado (...) se concluye que para la minoría de los ciudadanos encuestados no debería existir tal acción por ser injusta en sus efectos.

Del análisis a la reacción de los servidores públicos y concesionarios ante la posibilidad de que sean enjuiciados para que repitan el pago que hizo el Estado ecuatoriano, por indemnización de daños a los usuarios de los servicios públicos, fue negativa en su totalidad a pesar de demostrar conciencia de su responsabilidad en el ejercicio de su cargo o por el cumplimiento del contrato administrativo. Actuaron a la defensiva, respondiendo que deducirían a su favor excepciones perentorias de ser enjuiciados a repetir; y, algunos manifestaron que alegarían simple negativa para que sea el Estado quien tenga que cumplir con toda la carga de la prueba.

Del análisis a la posibilidad de mejorar la prestación de servicios públicos, debido al efecto coercitivo que podría ejercer la acción de repetición a favor del Estado contra los servidores estatales y sus concesionarios, se concluye que no hay tal por no tratarse de una sanción administrativa sino de una acción judicial, cuyo fin no es mejorar la prestación del servicio público, sino que el Estado recupere lo pagado en indemnizaciones por el inexistente o deficiente servicio público.

En cuanto al posible abuso de poder por parte de las autoridades administrativas contra los servidores públicos y concesionarios que habrían causado el daño que fue indemnizado por el Estado, sería limitado para ellos, porque para demandar a un funcionario o concesionario tiene limitantes de ley, como la sentencia de indemnización ejecutada (no sólo ejecutoriada) y que en ella se insinúe la responsabilidad de los funcionarios o concesionarios involucrados.

El abuso de poder de la autoridad administrativa podría darse, si ésta demandara la repetición a servidores y concesionarios que no tengan relación con el daño causado y pagado, lo cual podría interpretarse como un acto positivo de causar daño a un subalterno o contratista.

La investigación llegó a la conclusión que el abuso de poder está más próximo a la autoridad judicial que a la autoridad administrativa, porque es el juez quien, en sentencia condenatoria de indemnización contra el Estado, así como en sentencia condenatoria de repetición a favor del Estado, deberá insinuar la responsabilidad (en el primero de los juicios) y determinar la responsabilidad y el monto a pagar (en el segundo de los juicios), haciendo uso en este último punto de su sana crítica. En este caso, por ser una potestad deliberante del juez y a no existir límite legal, hay paso libre al abuso de poder en la vía judicial.

(...)

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo Capítulo X describe la acción de repetición contra los servidores públicos investigados por causar daños físicos y morales a los ciudadanos ecuatorianos y demás habitantes de la República, por violación de los derechos humanos, es muy acertada en detallar el procedimiento de la acción de repetición, pero también incurre en las siguientes falencias:

a) No hace partícipe al presunto responsable de indemnización por daños, en el juicio previo contra el Estado.

b) Tampoco delimita el monto a pagar por repetición, a pesar de determinar que el pago sería proporcional respecto al grado de responsabilidad de cada uno de los sentenciados, cuando ha sido imputado más de un servidor público, lo que implica que si la condena a repetir es para un funcionario, el monto sería el total de lo pagado en indemnización, situación en donde también se ha detectado ausencia del principio de proporcionalidad en esta Ley.

El Proyecto de Ley de Repetición, si bien en su Capítulo III crea la figura procesal del “Llamamiento en garantías” por el cual exige que se convoque al presunto responsable del daño dentro del juicio de indemnización contra el Estado, no impone que sea el juez quien enuncie en su fallo condenatorio la presunción de responsabilidad de los servidores que incurrieron en el daño, sino que da la facultad a la máxima

autoridad de la entidad pagadora de la indemnización; y, al Procurador General del Estado en caso de que sean varias las instituciones pagadoras de la indemnización, como legitimarios activos de la acción de repetición, a ejercer una investigación exhaustiva y previa a interponerla, sobre los hechos y los posibles autores del daño, conforme versa el artículo 8 del Proyecto.

### **RAI 3**

**Tema:** Los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado en la contratación Estatal.

**Investigador:** Danilo Armando Suárez Acevedo

**Institución donde se llevó a cabo la investigación:** Universidad de la Sabana

**Año de realización:** 2011

**Tipo de trabajo:** Ensayo presentado como requisito para optar al título de especialista en contratación Estatal

### **Problema planteado**

El ordenamiento positivo colombiano se ha constitucionalizado, aunque tal vocación inspirada por el Constituyente de 1991 y luego por la Corte Constitucional, haya sido atacada por fuerzas oscuras que han impedido el tránsito de la sociedad hacia estadios superiores de dignificación de las relaciones político-económicas y la integración de Colombia al selecto grupo de los países desarrollados.

### **Hipótesis**

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la hipótesis de trabajo que se pasa a desarrollar está determinada por la consideración de que el ámbito judicial y administrativo colombiano (i) se evidencia una inconveniente y permanente imprecisión conceptual en la identificación, tratamiento y aplicación de las reglas y principios en sus distintos escenarios de acción y gestión, que para efectos del presente ensayo se circunscribirá al de los contratos Estatales; (ii) que tales imprecisiones afectan de manera negativa, tanto en sede administrativa como judicial, las relaciones negociales del Estado con sus colaboradores, los contratistas (iii) que la defectuosa identificación de las reglas y los principios, traen como consecuencia el desconocimiento, sin atenuantes, de la regla de legalidad y la violación del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado frente a sus contratistas, incursionando en el terreno de la arbitrariedad, cuando se imponen sanciones injustas.

## **Objetivo general y específico**

### *General.*

Explorar las posturas doctrinarias y jurisprudenciales vinculadas al análisis de los principios de legalidad y proporcionalidad en la contratación Estatal. Desarrollar unas breves reflexiones críticas en lo a la aplicación práctica de los aludidos principios y su impacto en (lo que) la dinámica contractual del Estado se refiere.

### *Específicos*

Precisión conceptual para identificar las reglas y los principios

Precisar que en ejercicio de la potestad sancionatoria del estado en materia contractual la legalidad es una regla y la proporcionalidad es un principio.

### **Fuentes:**

11 Obras; sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

### **Metodología O Enfoque Metodológico**

Con fundamento en el paradigma socio-crítico, con enfoque socio-jurídico, se trata de un trabajo de carácter analítico-descriptivo, siendo de tipo bibliográfico.

### **Desarrollo marco teórico conceptual**

En el desarrollo institucional de los Estados que han acogido modelos democráticos garantistas de las libertades humanas en estas últimas décadas, los pensadores humanistas como Robert Alexy han luchado para que las distintas sociedades adopten reglas, precisa e indubitables para las relaciones que necesariamente deben existir entre gobernantes y gobernados.

Robert Alexy precisa de acuerdo a su posición ius-filosófica que la distinción entre reglas y principios constituye la base de la fundamentación ius-fundamental y es una clave para la solución de los problemas centrales de los derechos fundamentales.

El autor evidencia como el ámbito judicial y administrativo desarrolla de manera imprecisa los conceptos y aplicación de las reglas y principios en sus distintos escenarios de acción, específicamente en los contrataos estatales, la administración en forma negativa no identifica las reglas y principios en los procesos contractuales mediante las doctrinas y el pronunciamiento de los jueces, así aplicando su poder sancionatorio a los contratistas.

La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus

funciones. Esta potestad sancionatoria que tiende a ser arbitraria como lo son las multas y sanciones deben encontrarse previstas en lo clausulado contractual como en los pliegos de condiciones con el fin de materializar la regla de legalidad.

En base a autores como Robert Alexy y Oldenburg, la diferencia entre reglas y principios es relevante porque esta determina de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular y son razones excluyentes y los principios solo son razones que guían la conducta, pero no son razones excluyentes, es decir, para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones, es ahí donde se dice que los principios tienen un carácter *prima facie*.

El existente agudo trámite jurídico que ha llevado a la imprecisa e irresoluta la aplicación de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, alienta que el examen de las reglas, los valores y principios para armonizar tales relaciones, siempre será una actividad que no solo atañe a la academia o especialistas en cada una de las áreas del conocimiento sociopolítico, capaz de coadyuvar a la realización del supremo anhelo colectivo de disfrutar de un tráfico jurídico armónico, pacífico, y ante todo, justo.

### **Conclusiones**

La verdadera importancia en la distinción entre reglas y principios, estriba en que, como lo pregona Alexy, en el ámbito de los derechos fundamentales y para la construcción constante y la consolidación de un verdadero Estado social y democrático de derecho, ella constituye el crecimiento de la fundamentación del derecho y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin la comprensión adecuada de esta teoría, no se puede considerar que se ha llegado a un grado de conocimiento suficiente y correcto en relación con los roles esenciales que cumplen los derechos fundamentales en un sistema jurídico como el colombiano.

Tanto la academia como la rama judicial del poder público y los demás actores que intervienen en la órbita de la contratación Estatal, tiene el deber y el correlativo derecho de acceder a estas precisiones conceptuales, ya que la teoría de los derechos fundamentales materializa un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Correlativamente, la comprensión integral y ontológica de la legalidad, como regla universal de ineludible cumplimiento, así como el principio de proporcionalidad, en el marco de las relaciones jurídico-negociales del Estado con sus colaboradores los contratistas, se erige como un dique de contención frente a la arbitrariedad, al abuso de la función pública y a la injusticia que se evidencia en no pocas oportunidades en este escenario, porque lo evidencia Jean Rivero, *“los principios y las técnicas por los cuales el legislador y el juez han ensayado descarta de la vida administrativa la arbitrariedad, invitan a una reflexión;”*.

En armonía a lo expuesto, se estima acertada la posición del desaparecido profesor Francés, cuya verdadera dimensión no podía agotarse en el presente ensayo, al señalar que en la dictada discusión atinente a la definición exacta del imprecisamente denominado “principio de legalidad”, *“lo que importa, es analizar los mecanismos por los cuales el principio de legalidad protege a los administrados contra la arbitrariedad”*, que se materializan en decisiones judiciales y administrativas injustas y desproporcionadas.

De la precisión conceptual en la distinción entre reglas y principios dimanarán consecuencias de valioso contenido pragmático, que superan el terreno de la discusión teórica. Si se toma por cierto que la legalidad es una regla y no un principio, entendidos éstos como mandato de optimización, la conclusión ineludible para el operador jurídico, en cualquier escenario procesal, será que la norma que la contiene materializa un imperativo mandato de ineludible cumplimiento, que se levanta contra el sombrío imperio de la arbitrariedad.

La legalidad, en este escenario dogmático, no admite aplicaciones graduales. Esta regla, en materia contractual, en cualquier otro escenario jurídico, se respeta o se trasgrede, sin que puede hallarse en el universo normativo de los Estados de derecho, ni en el derecho natural, atenuante alguna para su desconocimiento.

## **MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL**

### **Las etapas del proceso contractual**

El proceso contractual se compone de cuatro etapas:

- Etapa previa - Planeación
- Etapa Precontractual – Estructuración y Evaluación
- Etapa Contractual – Adjudicación y Celebración de Contrato
- Etapa Pos-contractual - Liquidación

De cada una de las etapas antes mencionadas se efectuará, a continuación, el correspondiente análisis.

#### **Etapa previa - planeación**

Corresponde al tiempo dentro del cual la entidad estatal manifiesta al interior de la misma su intención de llevar a cabo un proceso de selección tendiente a la celebración de uno o más contratos para el cumplimiento de una finalidad o un cometido estatal. Por ejemplo: Seleccionar un proponente para la celebración de un contrato de obra cuyo objeto será el mantenimiento de una vía;

##### *Características*

A. La entidad estatal advierte a una o varias de las unidades que la componen la necesidad de ejecutar un propósito contractual para el cumplimiento de las funciones y finalidades a ella asignadas constitucional y legalmente;

B. Procede la misma entidad a verificar y recopilar datos y precisiones de carácter técnico, financiero y jurídico que le permitan desarrollar su intención de contratar, y

C. Se agota esta etapa en el momento en que los requerimientos de orden básico para cimentar un proceso contractual se encuentran debidamente recopilados.

##### *Requisitos*

a) Manifestación expresa de la entidad dirigida a los servidores públicos encargados de ejecutar la respectiva tarea. Preferiblemente por escrito;

b) Verificación clara y expresa que existen los elementos de juicio precisos sobre lo que se pretende hacer. En caso de que éstos no existan, efectuar el levantamiento de los mismos para configurar el proyecto;

c) Elaborar el diseño del plan de inversión de la partida presupuestal, de modo que el objetivo a desarrollar tenga correspondencia con las necesidades a satisfacer y el valor de que se dispone. Este será a cargo de la unidad

d) Cotejar frente al Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), y los precios del mercado las cantidades a contratar para establecer cuál ha de ser el presupuesto oficial;

e) Contar con el certificado de disponibilidad presupuestal que soporte el punto anterior;

f) Elaborar el estudio de conveniencia y oportunidad que constate los hechos y actuaciones antes anotadas, y g) Disponer de los permisos y licencias requeridos legalmente para proceder.

La no ejecución de los parámetros anteriormente citados durante esta etapa previa no permitirá el desarrollo normal del proceso contractual creando traumatismos administrativos que se llegan a convertir en sanciones por parte de las entidades rectoras.

#### *Falta de planeación.*

Se trata de una causa que relaciona los daños que surgen durante la etapa de definición de los requerimientos de una contratación, específicamente en lo que se refiere a la identificación de la necesidad del contrato por la entidad, los recursos presupuestales disponibles para su financiación, su ajuste al plan de necesidades y al plan de compras de la entidad, así como la elaboración y alcance de los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos) en particular.

Se pueden citar como principales evidencias de esta causal, las siguientes.

I. Errores cometidos por la entidad en el momento de definir la naturaleza jurídica del contrato que se propone celebrar, así como del procedimiento de selección que se aplicara.

II. Prorrogas de los términos definidos en los pliegos para las diversas etapas del procedimiento de contratación, por ejemplo, cuando se fija un cronograma de actividades para el procedimiento licitatorio que no es cumplido por la entidad y abre espacio al oportunismo de los proponentes para reclamar por sobrecostos (revisión de precios) originados en el retardo, o para sustraerse al carácter vinculante de su oferta.

III. Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato.

Así mismo, el Consejo de Estado. Mediante decisión proferida el 10 de diciembre de 2015), ha establecido que “[...] *El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general*” [Sección tercera. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489)]

Asegura que para cumplir con el principio de planeación deben observarse “parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia” puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado.

En este entendido podemos argumentar que la planeación juega un papel muy importante en la estructura de cualquier proceso de contratación y que la sola inobservancia de los principios rectores de la contratación genera consecuencias jurídicas tanto para las entidades como para los servidores públicos.

Como lo advierte el Consejo de Estado, Sección Tercera en su Sentencia del 31 de agosto de 2006 (Exp. 14287).

“[...] en esta oportunidad se establece que es obligación de todas las entidades oficiales 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, para que de esta manera la administración pueda cumplir su fin constitución.

En esta perspectiva, se asegura con certeza y sin evitar equívocos que la planeación en este sentido, y en el conjunto de sus pretensiones establecen sin lugar a dudas un admirable conjunto legal que al entenderse en su sentido más amplio es el paso a paso de la actividad contractual. Es decir que los supuestos instaurados por el legislador, destinados a lograr una eficiente estructura racionalización, y coherencia de las medidas contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser

omitidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, se tienen en la ley de contratación, parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos

### **Etapa precontractual**

Va desde el momento en el cual la entidad estatal exterioriza su voluntad de celebrar un contrato para el desarrollo del objetivo o fin propuesto, y hasta cuando resuelve mediante actos jurídicos comprometerse con uno o más particulares (adjudicaciones) para el efecto de suscribir posteriormente contratos con aquellos.

#### *Características*

a) La entidad estatal da a conocer a los particulares sus intenciones de contratar la ejecución de un proyecto a su cargo, bien sea para su propio funcionamiento o para el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado o efectuar una inversión en infraestructura a través de contratos de obra;

b) Se inicia con la convocatoria a los particulares en la que se invita a presentar propuestas, y

c) Culmina con la adjudicación del contrato la cual se formaliza con la comunicación al proponente favorecido en la cual se le da a conocer la disposición de la

entidad de celebrar el contrato, y la oportunidad para suscribirlo. En este preciso instante la administración queda vinculada con el proponente, no pudiendo revocar la misma.

#### *Requisitos*

a) Los términos de la convocatoria deben ser claros, objetivos, justos y completos. Se deben establecer precisos momentos a partir de los cuales se empiezan a recibir las ofertas y hasta cuando precluye la oportunidad para ello; esto con el fin de garantizar la transparencia en los procesos;

b) Para soportar la decisión final de adjudicar es indispensable contar con los estudios técnicos, económicos y jurídicos que evaluaron las propuestas y elaboraron un orden de elegibilidad. Es de advertir que las recomendaciones efectuadas en estos estudios deben ajustarse a los principios señalados en la Ley 80 de 1993, especialmente los de transparencia y selección objetiva. Los conceptos aquí contenidos no obligan, por lo tanto, la determinación que adopta el ordenador de gasto o su delegado es absolutamente independiente, de allí se desprende su responsabilidad;

c) Deben recibirse todas las ofertas sin discriminación alguna, dentro del término previsto, rechazándose exclusivamente las presentadas de manera extemporánea;

d) El resultado de los estudios debe estar a disposición de los oferentes por el término de cinco (5) días en la secretaría de la entidad, ello con el fin de cumplir con el principio de la publicidad y permitir que los oferentes a su vez tengan la posibilidad de controvertir el resultado de los estudios, si así lo estiman procedente;

e) La adjudicación de una licitación o concurso tiene lugar en audiencia pública cuando así lo ordene la normatividad vigente para cada caso, o cuando sea convocada de oficio por la entidad. En ella participarán quienes tengan la facultad de adjudicar, los servidores públicos que hayan efectuado los estudios, los proponentes y todas aquellas personas que estén interesadas en asistir. De este evento se levantará un acta dejando constancia de las deliberaciones y decisiones adoptadas con ocasión de la misma;

f) La entidad estatal debe adoptar una determinación final que dé por terminado el proceso selectivo, ya sea adjudicando o rechazando las ofertas presentadas mediante la declaratoria de desierto del respectivo proceso, y

g) Debe notificarse la decisión al proponente favorecido y a los no favorecidos.

Respecto de las fallas que se han identificadas en la gestión contractual de las entidades, que corresponden a errores relativos a la etapa precontractual que resultan en una condena al estado, se encuentra;

Ilegalidad del acto de adjudicación o declaratoria de desierta.

Esta causa se origina en el desconocimiento por parte de las entidades, de los criterios de evaluación de las propuestas que ellas mismas han fijado en su proceso de selección, o del propósito con el que se ha adelantado un determinado proceso de selección.

Se pueden citar como evidencias principales de esta causa, las siguientes;

I. El orden de legalidad no es integrado de acuerdo con los resultados de la aplicación estricta de esos criterios,

II. La entidad alega razón de interés público o la existencia de factores que no fueron considerados susceptibles u objeto de evaluación, para declarar desierta la licitación.

Una vez advertido en que consiste la etapa precontractual podemos, así mismo exponer uno de los más comunes problemas en los que se ve involucrada los servidores públicos en esta etapa cuando se desconocen los aspectos antes mencionados y se profiere acto administrativo con el cual se adjudica un proceso de contratación, es inevitable que uno de los participantes no adjudicados demande la nulidad del acto de adjudicación y con esto busca que la administración reconozca que se ha desconocido que la propuesta presentada por este oferente es mejor (mayores beneficios para la administración a menores costos), que la del adjudicatario, para lo cual será necesario que el actor ponga en evidencia los errores y las normas infringidas por la administración. En otros términos, no será suficiente para el actor alegar y poner en evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración.

Para el caso en concreto de la adjudicación la ley advierte que el acto de adjudicación es irrevocable pero no obstante se puede presentar que el mismo se haya obtenido bajo fines ilegales dentro de los cuales se puede encuadrar la antes mencionada

acción y si se lograra demostrar que efectivamente la administración erro y así mismo habrá que demostrar que infringió las normas.

### **Etapa contractual**

Consiste en el lapso durante el que surgen las obligaciones a cargo de las partes. Ocurre una vez existe un acuerdo de voluntades que se eleva a escrito y se efectúa el correspondiente Registro Presupuestal y se aprueban las respectivas garantías contractuales. La única excepción a esta regla es la contratación resultante de la urgencia manifiesta.

#### *Características*

a) Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscriben;

b) La concurrencia de la voluntad tanto del contratante como del contratista da origen a los derechos y deberes que se plasman en el texto contractual y les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual;

c) Dentro de esta etapa se espera que el objeto del contrato y las demás obligaciones de las partes se desarrollen a cabalidad;

d) Culmina con expiración del término de vigencia pactado, y dentro del cual se verifica la ejecución del objeto contratado y el cumplimiento de las obligaciones pactadas. En los casos en que se tenga que amparar la estabilidad de la obra y la responsabilidad civil extracontractual del contratista, la aprobación final del certificado de modificación de las garantías contractuales que cobija todos los riesgos previstos da por terminada esta etapa, y

e) Si no se cumplió por parte del contratista con las obligaciones por él contraídas, la entidad estatal adelantará las acciones necesarias para verificar el cumplimiento del objeto, y aplicará los correctivos y sanciones previstos en el contrato y en las disposiciones legales (cláusulas excepcionales, multas, cláusula penal pecuniaria, etc.).

#### *Requisitos*

a) El acuerdo de voluntades materializado a través de la firma o suscripción del contrato, se exceptúa de este requisito la contratación de menor cuantía inferior al 10% del tope establecido para ella (contratación sin formalidades plenas), y en el evento de la urgencia manifiesta;

b) La entidad estatal debe efectuar el registro de reserva presupuestal correspondiente para cubrir el pago que le ocasiona el valor del contrato como su principal obligación;

c) El contratista debe aportar los requisitos exigidos para iniciar la ejecución del objeto, tales como la constitución de la garantía contractuales para asegurar el cumplimiento;

d) Debe la entidad estatal aprobar la póliza presentada para poder viabilizar la ejecución contractual, y tramitar y entregar el anticipo o el pago anticipado comprometido, si así se hubiera convenido;

e) La entidad estatal debe vigilar y evaluar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista a través de mecanismos tales como la interventoría, la supervisión o el control que ejerzan las dependencias destinadas para tal efecto: por ejemplo: las oficinas administrativas, y

f) Los antes descritos mecanismos deben elaborar actas e informes claros y oportunos que verifiquen el cumplimiento de dichas obligaciones y deben tramitar con diligencia los pagos a que tienen derecho los contratistas, evitando moras y dilaciones que obliguen a la entidad a cancelar los intereses moratorios pactados o en su defecto los establecidos en la ley. En este aspecto se debe efectuar un estricto control que verifique el cumplimiento de los procesos dispuestos, tanto de contratación y de presupuesto, como de pagos.

Con el fin de precaver conflictos asociados a la etapa de gestión contractual, a continuación, se presentan las principales causas de falla de las entidades públicas que derivan en procesos de responsabilidad contractual en su contra.

Las principales evidencias de esta causa son las siguientes;

I. el plazo del contrato esta por vencerse y la entidad, debiendo hacerlo, no lo suspende o se vence sin que lo prorrogue a pesar de que así se requería para el cumplimiento del objeto.

II. El objeto del contrato se ha desbordado.

III. El precio pactado inicialmente no alcanza a cubrir las erogaciones derivadas del cumplimiento del vínculo contractual.

IV. La ejecución del objeto recae sobre un bien del que la entidad no dispone en el momento de iniciación del contrato.

Estas son algunas de las irregularidades que se pueden presentar en la ejecución contractual, pero si bien las mismas se pueden evitar o más bien se pueden atenuar para evitar que se presenten consecuencias jurídicas severas que afecten la ejecución de la actividad contractual.

### **Etapa pos contractual**

Corresponde al período en el cual se evalúan finalmente los resultados financieros de la ejecución del contrato, y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.

#### *Características*

- a) El contrato ha perdido su vigencia, por tanto, no es dable en este estado la imposición de sanciones al contratista por el incumplimiento en sus obligaciones;
- b) La entidad estatal efectúa junto con el contratista un balance técnico y financiero del desarrollo del contrato, el cual se conoce como liquidación bilateral del contrato;
- c) Si no existe acuerdo entre las partes respecto del antes citado balance, o el contratista no se presenta a la liquidación, la entidad estatal debe aprobar tal evento mediante un acto administrativo, y
- d) Culmina con el pago, retribución y devoluciones a que haya lugar de acuerdo con los saldos resultantes a favor y en contra de cada una de las partes.

#### *Requisitos*

- a) Que se encuentran presentes todas las actuaciones surtidas dentro del proceso contractual;
- b) Debe agotarse la posibilidad de llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato entre la entidad estatal y el contratista;
- c) Que se hayan resuelto todas las reclamaciones y peticiones presentadas por el contratista en desacuerdo;
- d) Que previa a la aprobación del acta de liquidación unilateral se haya declarado el siniestro de incumplimiento, si fuere el caso, y
- e) Al término de la liquidación debidamente aprobada, el mecanismo de control contractual establecido debe rendir un informe final de evaluación al banco de proyectos como mecanismo de retroalimentación para que se configure el historial del proyecto, su desarrollo y ejecución final.

Las principales causas de condena al Estado en la etapa del proceso contractual corresponden a las siguientes:

*Obligaciones de liquidar correctamente el contrato (Incluidos errores contables o aritméticos).*

Esta causa se presenta en aquellos casos en que la entidad incurre en errores en la liquidación, conforme a los cuales;

I. No incluye en la liquidación obras realizadas y no pagadas durante la ejecución del contrato;

II. Aplica cálculos aritméticos equivocados que dan lugar a que no se reconozca al contratista el valor real de las obras ejecutadas.

En esta etapa contractual encontramos la que sería la última oportunidad de la administración para lograr que, si en el desarrollo del proceso contractual se presentó alguna irregularidad, la misma sea corregida o aclarada.

Cuando se alega que es la última oportunidad de la administración haciendo referencias que, en esta etapa, tanto la administración como el contratista realizan un análisis profundo, en el cual se debe establecer si se logró llevar a cabo el objeto contractual bajo los requisitos exigidos por la administración y si el contratista no vio incurso en ningún desequilibrio de carácter monetario que le afecte gravemente. Y que se deba advertir a la administración para que sea revisado y solucionado de la mejor manera.

Con esta etapa se finaliza la actividad contractual y así mismo el proceso de contratación llega su fin.

Con base en lo anterior, es posible establecer que, si bien existe un marco normativo predeterminado y extenso, el mismo contiene varios vacíos normativos que permiten al operador jurídico darle una interpretación adversa a la pretendida por el legislador al momento de exponer los principios constitucionales y legales dentro de los cuales se debe enmarcar la contratación estatal y de esta forma garantizar una perfecta aplicación de los pretendidos constitucionales que garantizan la contratación.

### **La planeación**

Siendo la planeación la base estructural dentro de cualquier proyecto, proceso, gestión o propósito por establecer, no es la excepción dentro de la dinámica contractual que debe adelantar todo proceso contractual, ya que en sí misma esta reviste una síntesis

metodológica que involucra aspectos de tipo social o comunitario, legal o normativo, de dimensiones técnicas, analíticas e interpretativas de la necesidad por atender, planteando dentro de la línea de investigación, como eje fundamental el principio de planeación contractual precisamente para no producir o generar hechos, actos u omisiones que se constituyan en desviaciones y abusos de poder en materia de contratación estatal y de esta manera, se dé aplicabilidad a una estructura contractual que en la medida de lo posible apunte a satisfacer necesidades previamente concebidas bajo el rigor de una técnica administrativa coherente, prudente y eficaz.

Las entidades estatales deben tener en cuenta en aplicación de ese principio planeación contractual que de manera efectiva los diferentes estamentos u organizaciones permitan dentro de un marco normativo y de libre mercado comercial el acceso para poder adquirir o dar uso de determinados bienes y/o servicios que se encuentren en un plan de necesidades estatales y que se cuenten con las herramientas jurídicas, financieras y técnicas para tal fin. Es por ello que Bastidas (2014) señaló que

La planeación debe ser el resultado de un análisis jurídico, técnico y económico tendiente a satisfacer las necesidades del Estado a través de sus diferentes entidades, para lo cual cada entidad debe identificar de manera precisa su necesidad insatisfecha debidamente justificada y contar con el musculo financiero derivado del plan de política económica para la disposición de tales recursos... (p.3).

Es de tener en cuenta que el principio de planeación, en virtud de su ubicación temporal de los procesos de contratación pública para la adquisición de bienes y servicios, se encuentra dentro de la etapa precontractual, toda vez que es la base de estructura de los futuros pliegos, de allí su alta importancia y relevancia a ser tomada en cuenta para que no cometan abusos o desaciertos por parte de la entidad estatal que puedan verse como lesivos a las expectativas e intereses de quienes participan de manera franca en un proceso licitatorio (Bastidas, 2014, p.3).

Lo expuesto por el autor en lo inmediatamente anterior, permite visualizar que si bien es cierto la planeación contractual procura adelantar los procesos de manera clara, diáfana y transparente, también lo es, que existe la posibilidad de generarse variaciones involuntarias en la mayoría de los casos que pueden ver afectado el resultado eficaz de las entidades estatales, cual es la obtención de los bienes y/o servicios necesarios a

través de un proveedor merecedor de la adjudicación en virtud de un proceso, pero que por aspectos externos como el error, desacierto o intenciones ocultas pueden dar un resultado aparentemente positivo, pero ser el resultado de la no mejor aplicación del principio de planeación objetiva.

De lo anotado se infiere que existe un alto grado de responsabilidad por parte del Estado, a través de las diferentes entidades, en la correcta aplicación del principio de planeación, y que si bien es cierto este converge en otros principios, como el de la buena fe y la transparencia, el mismo es un pilar que interviene de manera directa en la etapa previa o precontractual de cualquier proceso contractual, pero que indirectamente y de manera contundente incide en todo el proceso contractual, constituyéndose en sí mismo en una especie de medida cautelar preventiva, capaz de mitigar y hasta suprimir errores que puedan conllevar vicios insubsanables.

Significa lo anterior, que solo sobre el Estado y sus entidades recaiga toda la responsabilidad, ya que con la idoneidad con que intervengan los interesados en proponer oferta, en virtud de la publicidad de las etapas previas surtidas, convergen circunstancias que permiten garantizar y robustecer la planeación.

Sin embargo es de considerar que tampoco se debe desconocer, que a pesar de que las entidades estatales cuenta con profesionales idóneos, expertos y con amplia experiencia en contratación estatal, se presentan desaciertos y dudas durante el desarrollo de un proceso licitatorio que son absueltos mediante observaciones al proceso, lo que refiere a que no existe proceso infalible, ni perfecto a pesar de la experticia de contratistas y entidades en el tema contractual, pero que, de no ser por el principio de planeación objetiva muy seguramente no se conseguirían resultados que garanticen el propósito del Estado en la satisfacción de sus propias necesidades que reviertan en un impacto social visible a los ciudadanos que al final son los veedores y beneficiarios de las contrataciones adelantadas por el Estado.

Santofimio (2014), en su percepción del principio de planeación contractual, parece darle un estatus menos relevante a lo expuesto por el propio Bastidas; tratando de evidenciar Santofimio que el principio de planeación contractual puede verse superado por la necesidad de satisfacer las necesidades de la entidad estatal, a pesar de verse afectado el proceso por una no adecuada planeación, no conduciría necesariamente a una nulidad contractual, es decir, ubica el principio de planeación en coincidencia con

otros autores como eje o pilar de la contratación pero su enfoque resta fuerza a tal principio al esgrimir que este el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

La concepción de Santofimio se distancia de un aspecto importante de la planeación, cual es el de los elementos que serán constitutivos del contrato, entre los cuales encontramos la claridad y precisión que debe existir frente el objeto a contratar que se debe establecer a partir de una necesidad y desde la planeación contractual.

Desde otro enfoque más metódico en la aplicación del principio de planeación, este va ligado con el de economía, al respecto Rosero (2012) exalta la importancia de este principio y lo correlaciona al cumplimiento de finalidades dentro de unos lapsos y condiciones específicas, es decir, no da espacio a la improvisación y por ende todo el trámite queda envuelto a un debido proceso de acuerdo al cronograma de trámites y etapas adoptado por la entidad para la consecución de su propósito, tocando directamente con el principio de legalidad.

Una mirada a otros principios y en desarrollo de esta investigación Ruiz (2012) permite evidenciar la amplia extensión e injerencia del principio de planeación en donde se sostiene que "... se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad comercial, exige que la decisión de contratar responda necesidades identificadas, estudiadas evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración"

De ahí que los principios de Buena Fe y Planeación sean de vital importancia en la etapa previa a la contratación estatal a fin de que se cumplan los actos preparatorios al acto de adjudicación y/contratación, con el lleno de los requisitos legales.

Con respecto a la estrecha relación existente expuesta por la jurisprudencia de manera general, entre el principio de buena fe y planeación, que las contrataciones adelantadas no pueden ser el resultado de la improvisación y discrecionalidad de las instituciones, por el contrario, debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, en tal sentido el fin último del Estado enmarcado dentro del Estado Social de Derecho, será el de satisfacer las necesidades de sus conciudadanos y garantizar la existencia y sostenibilidad del Estado y su capacidad de contratar dentro de unos marco de preparación, programación y planeación, que son aspectos fundamentales expuestos por

los tratadistas aquí citados y que llevan en su generalidad un mismo hilo conductor frente al principio de la planeación contractual.

De igual manera y no menos importante, se evidencia de la postura de los autores, el estrecho vínculo con el aparato financiero estatal, ya que de no contarse con los recursos necesarios no se alcanzarían los propósitos de satisfacción de necesidades, autores como Castro, García, Martínez (2010) se refieren a “el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros —casi siempre limitados”.

Lo anotado evidencia que los propósitos requieren de un músculo financiero que también debe ser contemplado dentro del desarrollo de la planeación contractual y por ende se requiere de su buena disponibilidad y sana administración, siendo no menos importante la disponibilidad de recursos que garanticen el alcance de los propósitos del Estado a través de sus entidades estatales para solventar tales necesidades de una manera estructurada y planeada.

En el terreno de las relaciones que los entes públicos establecen con sus servidores, se refleja necesariamente esta tendencia a la operación eficiente de la actividad estatal, que se repite es hoy principio constitucional de ineludible acatamiento, pero, no tratándose ya de “un recurso más”, sino de la incorporación de la persona humana al desarrollo de las tareas que le corresponden, también la Constitución obliga al Estado a actuar dentro de criterios que respeten su dignidad (artículo 6º) y sus derechos (Preámbulo y artículos 1º, 2º y Título II de la Carta). (Castro, García, Martínez, 2010).

De allí que

“Toda entidad estatal debe propender por no caer en la falta de planeación administrativa, improvisación u omisión de aspectos que afectan a futuros contratistas en un mediano plazo y a la propia entidad al verse avocada a nulidades o a controversias contractuales que pudieron ser objeto de prevención dando aplicación eficiente del principio de planeación”.  
([www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co)).

De la observación y reflexión normativa analizada, se evidencia un aspecto relevante dentro de nuestro desarrollo investigativo y que para algunos autores ha

pasado un tanto desapercibido y es que como da a entender el propio Departamento Nacional de Planeación dentro del marco normativo concebido por el actual Decreto 1082 de 2015, existe la necesidad de articulación entre las entidades del gobierno nacional y sus esquemas de planeación en la concepción de proyectos que sean sustentables y por ende ejecutables, es allí, donde la planeación a través de la adecuada preparación obtiene los resultados del sector público.

De lo anterior, se colige, que desde el marco normativo expuesto y lo contenido en el Decreto 1832 de 2012, artículo 1º, Ley 1530 de 2012 artículo 4º) que la falta de planeación y del adecuado análisis del objeto de contratación, pueden decantar en la manipulación y favorecimiento de las entidades estatales en las etapas contractuales de los procesos, sin medir su impacto, constituyéndose así un desatino en el principio de planeación, con efectos negativos frente a la expectativa de los contratistas en participar en el desarrollo de un proceso contractual para la adquisición de bienes o servicios en unos plazos y condiciones que van no solo revestidos de legalidad, sino también de relaciones comerciales internas que se establecen entre el oferente y su proveedor.

De la investigación normativa adelantada se cita como un ejemplo relevante de la desviación y abuso del poder en las contrataciones estatales que conllevó a generar un ambiente de desconfianza en el imaginario de la sociedad y de los propios contratistas, enunciado mediante pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso de implementación del programa Agro Ingreso Seguro – AIS, en donde se estableció entre otros aspectos que: “se incumplió la obligación de elaborar los estudios previos que justificaran su celebración, de fijar los términos de referencia de manera completa, precisar la actividad de ciencia y tecnología sobre la cual versaban y su ejecución comenzó antes de que fueran suscritos”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia SP9225-2014, M. P. María del Rosario González Muñoz).

La anterior Sentencia permite evidenciar una flagrante violación al principio de planeación, ya que transgredieron preceptos de índole financiero y jurídico por la falta de previsión de aspectos de impacto contractual y de ejecución, que decantaron en las consecuencias legales propias del caso y de las de impacto social y financiero causado al Estado en su oportunidad.

Se debe recordar que de acuerdo con el deber de planeación, los contratos deben ser diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el

interés colectivo o social y de las propias entidades que conforman el Estado en pro de esa misma sociedad, en procura de cumplir con las expectativas a través de la celebración de contratos que garanticen la adquisición de bienes y/o servicios dentro de un esquema procesal y legal blindado desde la identificación de la necesidad y la posterior estimación de circunstancias previsibles en la planeación, que permitan la apropiación de un resultado esperado y preparado responsablemente para que de esta manera no se generen excesos que conduzcan a una desviación o abuso de poder en las contrataciones estatales colombianas que se lleguen a celebrar.

De lo anterior, se toman como categorías relevantes las siguientes:

El factor humano derivado de la conducta, o proceder de quienes a través de sus actos, hechos u omisiones intervienen desde la administración en los procesos de contratación, es determinante para dar pie a la adecuada estructuración, consolidación e implementación del principio de planeación en toda su extensión, de allí, que desde la percepción profesional que da cada funcionario o servidor público vinculado a la administración en asuntos de contratación, se pueden dar factores de tipo intrínseco o subjetivo a los que debe atender toda entidad pública, para la obtención de los mejores resultados anhelados en materia contractual y en procura de garantizar en su máxima contextualización la mitigación de hechos, actos u omisiones que se lleguen a configurar en desviaciones y abusos de poder en la contratación estatal.

La planeación contractual, desde su ubicación temporal dentro de la etapa precontractual en los procesos de contratación pública, constituye la base estructural de los futuros pliegos generados en el marco de las necesidades de un ente Estatal, es por esto, que el principio de planeación se debe cimentar siempre sobre un análisis jurídico, técnico y económico tendiente a satisfacer necesidades, que a su vez reviertan en mejores estándares de eficiencia, eficacia y efectividad en el actuar de la contratación pública.

Los contratos generados como el resultado de una adecuada planeación contractual, nacen del pensamiento analítico, racional, lógico y coherente de quienes son capaces de dimensionar las necesidades y prioridades dentro de múltiples variables que se pueden suscitar durante un proceso de adquisición de bienes y servicios, en un marco colectivo y social de beneficio recíproco entre la sociedad y el Estado, capaz de definir responsabilidades del propio Estado en el manejo de la contratación pública y

del otro extremo la relación contractual conformada por los contratistas, quienes comparten intereses jurídico sociales necesarios para el desarrollo natural de la contratación pública.

Que, si bien es cierto, la esencia y naturaleza de la contratación estatal, se fundamenta en escenarios de la administración pública, también lo es el hecho que en búsqueda de ese escenario garantista se genera una articulación o asocio entre el sector público y privado, en donde este último además de ser un colaborador, es el puente o vínculo que permite al propio Estado delimitar sus propias actuaciones, al tratar de manejar relaciones contractuales equitativas que controviertan cualquier tipo de abuso o imposición del aparato Estatal y por el contrario se configuren alianzas de coexistencia, dentro de un marco contractual y comercial de reciprocidad en cada uno de los propósitos de cada extremo de esta relación.

En síntesis, la planeación es la antítesis de la improvisación, de la vía que se aparta de un horizonte normativo preestablecido en materia de contratación estatal y del servicio abusivo que trata de superponer su posición dominante sin consideraciones lógicas con quien se interactúa, es por ello, que la planeación contractual no puede apartarse de cualquier estructura procedimental lógica y siempre debe estar presente para generar la mayor posibilidad de éxito en los propósitos de cualquier entidad pública u organismo.

### **Posición Dominante**

El abuso o desviación del poder de las entidades Estatales mediante la posición dominante es un tema que se debe abordar con mucho cuidado, ya que las entidades por su naturaleza y su fin, es garantizar los fines de la contratación Estatal, así como lo dice la ley 80 en su artículo 3º “*De los Fines de la Contratación Estatal*”.

De este artículo es importante tener en cuenta el desarrollo de los conceptos que este trata, como por ejemplo que son entidades Estatales, servidores públicos y servicios públicos, en donde el art. 2 de la ley 80 de 1993 los define de manera precisa para su comprensión y mayor tratamiento de los temas a frecuentar.

De acuerdo a la definición de los conceptos que desarrolla la ley 80 de 1993 en su art.2º, ya se puede entender la cobertura que tiene la Nación y la responsabilidad para sus administrados, y además la posición de poder que tiene esta a la hora de ejercer una función pública, con lo anterior, la Nación delegando función a las entidades Estatales,

estas pueden llegar a tener una posición dominante con sus administrados o sus contratistas.

La Constitución no prohíbe la posición dominante sino el abuso de ella, este abuso puede llegar a suceder cuando la entidad, de manera unilateral, hace efectiva su potestad sancionadora con sus contratistas, es claro que para que esto exista deben haberse evidenciados en algunas de sus etapas la mala aplicación del principio de planeación, la selección objetiva o el principio de la buena fe, ya que este es el eje fundamental de una buena ejecución de un contrato Estatal.

Las entidades estatales durante el cumplimiento de sus funciones, siempre lo que pretenden es la realización del contrato estatal, pero para llegar a esto, sin importar su etapa, las entidades tienen que ejercer una posición dominante para mantener el equilibrio entre la entidad y el contratista, y es ahí donde se presenta un límite y se ve evidenciado el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, todo esto con el fin de garantizar los derechos del contratista y es donde habita la parte débil de la relación contractual, es débil porque generalmente no se da buen uso al principio de planeación y los demás mencionados.

El principio de planeación trata y hace referencia a la obligación de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados que sirvan y sean eficientes (estudios de pre factibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar su oferta. (Sentencia C-300/12).

Teniendo un buen uso del principio de planeación y que las entidades Estatales ejerzan una posición dominante contractual de manera correcta y obrando de buena fe, probablemente se respetan los derechos de los posibles contratistas o colaboradores del Estado y se preserva el equilibrio económico de la relación contractual. Hay que recordar que el Estado presenta el contenido del contrato próximo a celebra y ejecutar, y sus reglas de juego durante el proceso, entonces éste ejerce poder durante su ejecución y su liquidación.

Comprendida la desviación o abuso de poder como el resultado de las formas de realización del comportamiento de un funcionario en materia de contratación estatal, para el caso materia de estudio, surge a partir de una acción, omisión o comisión por

omisión, cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, o cuando la desviación o abuso de poder, igualmente, se enmarca en causal de nulidad absoluta de contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.

Lo anterior bajo el entendido que, la acción obedece a una manera no querida por el legislador, la omisión por dejar de hacer algo que la ley ordena se haga y por comisión por omisión cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, pues tal comportamiento equivaldría a producirlo, conductas o comportamientos que pueden decantar en una desviación o abuso de poder.

El abuso de poder o su desviación, puede originarse en desarrollo de las diferentes acciones contractuales que se generan por quienes intervienen en procesos de tal naturaleza, de allí, que en muchas de las decisiones o determinaciones que surgen en desarrollo de un proceso de carácter contractual se produzcan acciones o fallos que, en afectación de los fundamentos para la selección de contratistas en la contratación pública, transgrediendo los principios de transparencia y selección objetiva (Hoyos L. Ricardo: 2011).

Desde un análisis normativo e investigativo frente al abuso o desviación de poder, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.

En tal sentido para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición a su vez sea explícita, por lo cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar o configurar esta precisa causal, en tal sentido la desviación o abuso de poder va acompañado de otras aristas jurídicas, que dan forma a tal coyuntura.

Siendo el principio de selección objetiva, uno de los más afectados por el abuso y desviación del poder en el marco de la contratación estatal, el cual se encuentra consagrado en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007 donde quiere decir que la selección objetiva es cuando se escoge la oferta más favorable para la entidad y al desarrollo de los fines que ella busca, todo esto sin que entre o se vea evidenciado motivos de interés

o cualquier otro motivo personal, la oferta más favorable debe contener completamente los requisitos del pliego de condiciones exigidos por la entidad próxima a contratar y además la administración deberá hacer comparaciones con las diferentes ofertas presentadas en la participación, el análisis de los precios del mercado y una observación de los organismos consultores o asesores.

La Sala Plena del Consejo de Estado ha aclarado el importancia de este postulado, al manifestar que la selección objetiva o el principio de escogencia de los posibles contratistas del Estado es uno de los fundamentos principales para una buena y responsable contratación del Estado, así como mantener la institucionalidad y hacerla valer por encima de cualquier interés particular o subjetivo cuando se trata de la escogencia del colaborador, esto evitando el abuso o desviación del poder o actos corruptos de servidores públicos. (Sentencia 76001-23-31-000-2005-02371-00(49847, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

De los comportamientos o conductas mencionadas anteriormente, constitutivos de abuso de poder, se tipifican conductas enmarcadas muchas veces como delito contractual, por celebraciones indebidas de contratos a lo cual el Consejo de Estado mediante Sentencia del 14 de febrero de 2012 (Exp.: 38.924, C.P.: Jaime Orlando Santofimio) indica que en los procesos públicos el legislador ha tratado que en todas las operaciones y actuaciones se tenga en cuenta el principio de transparencia para la contratación Estatal, esto quiere decir que el principio sería vinculante, dominante, inderogable, inquebrantable y, además, un requisito fundamental para elegir a un posible contratista o colaborador del Estado, así la administración desarrolla su función permitiendo que un proceso de participación se garantice también la igualdad, la participación de los posibles proponentes para entregar un bien o un servicio a la administración y satisfacer los fines de la contratación pública. Cabe resaltar que los procesos que se usen para la elección de un posible colaborador del Estado, además de los principios mencionados, se debe garantizar la motivación, la objetividad, el debido proceso, publicidad y la controversia.

De igual manera, el Consejo de Estado siempre trata de que no se generen actuaciones que evidencien abusos o desviación del poder con los malos usos y malas aplicaciones de los principios o interpretación de estos, para la contratación. Indica que la planeación con sus estudios previos y luego pasar las demás etapas del proceso, los

servidores públicos o funcionarios teniendo poder decisorio no cometan infracciones que trasgredan los principios de la función pública y la constitución. (Consejo de Estado- Sección Tercera Sentencia N° 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005) M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.)

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos. (La Ley 80 de 1993, art. 24 #8).

En consecuencia, por donde se haga un análisis, casi siempre las entidades del Estado de una u otra manera estarán en la línea delgada de una desviación o un abuso de su poder ya que su potestad dominante de administradores se los permite. Existe la preocupación con las cláusulas impuestas por la entidad cuando estas trasgreden los principios, cuando estas afectan un bien o servicio, cuando en el debido proceso el procedimiento de selección no se ajusta a la norma.

Al respecto, José Manuel Gual Acosta en su obra “El Control Sobre Las Cláusulas Abusivas Un Régimen En Evolución” manifiesta que:

Bastaría pensar cómo las empresas de servicios públicos no admiten ningún tipo de modificación o no aceptación de cualquiera de las cláusulas por ellas predispuestas para prestación servicios a sus usuarios (...) Cláusulas o contenidos contractuales de los cuales el usuario sólo se entera al momento que el funcionario de la empresa va a instalar en la residencia del consumidor el servicio que pretende contratar, pero se entera únicamente si lee el contrato antes de firmar, sin que se le informe sobre el contenido del contrato preestablecido por la empresa prestadora del servicio; pero en caso que el usuario no acepte el contrato en su integridad al hacer alguna anotación al contrato estándar, como que no aceptar una determinada cláusula, ... (Gual, 2013).

En síntesis, se puede inferir que el universo de posibilidades para que se den abusos de autoridad, de poder y desviación en su manejo, parte de una estructura humana que trasciende a un plano administrativo a través de los funcionarios, quien son los responsables de actuar bajo los bajo los parámetros definidos en la función pública, para así con la marco normativo y de derecho disciplinario que regula el actuar y

percibir de quienes fungen como servidores públicos, no vea ostensiblemente permeado por la corrupción en toda su extensión, para así garantizar la funcionalidad del Estado, de sus coequiperos (funcionarios) y de los beneficiarios de la función pública, a saber la sociedad en general, representada en aquella comunidad capaz de proveer bienes y servicios en busca de ser ese aliado estratégico de la nación bajo las prerrogativas de este en el marco de la contratación.

Con base a lo anterior podemos concluir que las entidades en cualquiera de sus procedimientos en materia de contratación Estatal, es fundamental tener en cuenta los principios de la contratación pública, para buscar una garantía de la imparcialidad en todos sus procesos contractuales, para así establecer en la planeación buenos estudios previos que permitan evitar la desviación o abuso del poder y conductas inadecuadas que reflejen acciones anti-éticas.

Igualmente la administración debe proceder siempre respetando y guardando los preceptos constitucionales y legales, teniendo actuaciones acordes a estas, además el sistema de planeación y control por parte del Estado, debe implementar mayor transparencia y responsabilidad a la hora de vincular funcionarios públicos para evitar las negligencias y fallas en los servicios, es decir, tener un personal capacitado, idóneo y eficiente para poder satisfacer las necesidades generales y cumplir posteriormente los fines del Estado.

## CONCLUSIONES

Si bien en el ámbito de la contratación estatal existe un marco normativo predeterminado y extenso, el mismo contiene varios vacíos normativos que permiten al operador jurídico darle una interpretación adversa a la pretendida por el legislador al momento de exponer los principios constitucionales y legales dentro de los cuales se debe enmarcar la contratación estatal y de esta forma garantizar una perfecta aplicación de los pretendidos constitucionales que garantizan la contratación.

En lo que corresponde al principio de planeación, este, además de que constituye la antítesis de la improvisación, que se aparta a su vez del horizonte normativo preestablecido en materia de contratación estatal y del servicio abusivo que trata de superponer su posición dominante sin consideraciones lógicas con quien se interactúa, por ello, la planeación contractual no puede apartarse de cualquier estructura procedimental lógica y siempre debe estar presente para generar la mayor posibilidad de éxito en los propósitos de cualquier entidad pública u organismo.

Tratándose de los procedimientos en materia de contratación Estatal, es fundamental tener en cuenta los principios de la contratación pública, para buscar una garantía de la imparcialidad en todos sus procesos contractuales, para así establecer en la planeación buenos estudios previos que permitan evitar la desviación o abuso del poder y conductas inadecuadas que reflejen acciones anti-éticas.

Es necesario que la administración proceda siempre respetando y guardando los preceptos constitucionales y legales, teniendo actuaciones acordes a estas; además, el sistema de planeación y control por parte del Estado, debe implementar mayor transparencia y responsabilidad a la hora de vincular funcionarios públicos para evitar las negligencias y fallas en los servicios, es decir, tener un personal capacitado, idóneo y eficiente para poder satisfacer las necesidades generales y cumplir posteriormente los fines del Estado.

## **PROPUESTAS**

Si bien es cierto, las entidades estatales dan estricta aplicabilidad al marco normativo en materia de contratación estatal, es necesario generar escenarios de sensibilización en el contexto interno de las propias entidades que permitan retroalimentar las buenas prácticas con moralidad administrativa, por parte de los funcionarios y de quienes fungen como servidores públicos, para que se mitigue al máximo cualquier foco de abuso o desviación de poder que pueda conducir a algún grado de corrupción.

Además como propuesta reflexiva, en aras de evitar que se sigan generando espacios contractuales que sean usados desde los propios vacíos de la norma, con intereses personales que conduzcan a proceder desviados o abusivos que bajo el amparo de yerros normativos y mediante interpretaciones acomodadas, es prudente visualizar un escenario normativo más, sucinto y simple ajustado a las realidades contractuales de hoy, que permita desarrollar las etapas contractuales en un menor número de modalidades de contratación, ajustándose más a los criterios de compra por bolsa que actualmente manejan las entidades estatales y que se enmarcan en los de la función pública.

## ENFOQUE METODOLÓGICO

La presente investigación se fundamenta en el paradigma: Socio-Crítico, con enfoque Socio-jurídico, pues se trata de uno de los aspectos que despiertan más interés tanto en estudiosos como profanos del derecho: El abuso de poder, especialmente cuando se trata del manejo de los contratos estatales, ya que ello incide no solo en la imagen del gobierno, sino donde más nos duele a los ciudadanos: En el manejo de los dineros públicos en lo que tenemos incidencia, pues para eso, especialmente es que se pagan los impuestos.

En este orden de ideas, el tipo de investigación: Descriptivo-analítico de corte interpretativo, basado en consulta bibliográfica, a fin de presentar una propuesta coherente con el problema e hipótesis planteados.

### Presupuesto:

RUBROS	FUENTES		TOTAL
	IE	PERSONAL	
PERSONAL			
EQUIPOS		3.000.000	3.000.000
SOFTWARE		300.000	300.000
SALIDAS DE CAMPO		---	---
MATERIAL BIBLIOGRÁFICO *		500.000	500.000
PUBLICACIONES Y PATENTES		---	---
SERVICIOS TÉCNICOS		500.000	500.000
VIAJES		---	---
TOTAL		4.300.000	4.300.000

**CRONOGRAMA:**

<b>Meses Actividades</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>
<b>Anteproyecto</b>					
<b>Marco teórico- conceptual Conclusiones</b>					
<b>Entrega proyecto</b>					
<b>Sustentación</b>					

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho*, 1 edición, Barcelona, Gedisa.
- Amaya Olaya, Uriel Alberto (2004). *La Responsabilidad Patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa*, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Aponte Díaz, Iirana (2014). *Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arana Muñoz, Jaime (2005). *La ética en la administración pública*, Derecho Administrativo, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1 edición, México, Universidad Autónoma de México.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe (2004). *Acción popular y nulidad de actos*
- Castro Cuenca, Carlos. García López, Luisa Fernanda. Martínez Vargas Juan Ramón, (2010). *La contratación estatal. Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Editorial Universidad de Rosario (Colombia).
- Colombia Compra eficiente, (*Síntesis Etapa Precontractual – CCE, Normativa y Jurisprudencia en Contratación*), medio electrónico, <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248>, consultado 07/marzo/2016.
- Cruz Gregg, María Angélica (2005). “La ética discursiva para el desarrollo de la ética pública”, *Derecho administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Expósito Vélez, Juan Carlos (2006). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Franch, I., Saguer, Martha (2005). El interés público: la ética pública del derecho administrativo. *Derecho administrativo, Memoria del Congreso Internacional*

- de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gámez Vizcaíno, Javier (2002). *Manual de procedimiento de la contratación estatal*, 2 Reimpresión junio 2002, Bogotá, Colombia.
- García Amado, Juan Antonio (2003). *Las filosofías y el derecho, sobre derechos colectivos, dilemas, enigmas y quimeras*. Ensayos de filosofía jurídica, Bogotá, Temis S.A.
- González Pérez, Jesús (2005). *Ética pública: la corrupción, la ética y el derecho*. Derecho administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Rey, Sergio (2005). *La acción popular: “mecanismo judicial para la protección de la moralidad administrativa en el derecho colombiano”*, Derecho administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1 edición, México,
- Gual Acosta, José (2013). *El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución*. Último número: Núm. 38, enero 2013, Colombia, Universidad de Santo Tomás.
- Guayacán Ortiz, Juan Carlos (2005). *Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica*. Memorias de las V jornadas de derecho constitucional y administrativo, los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, 1 edición, Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos Lanziano. Ricardo (2011). *Nulidad en los contratos estatales. Nulidad en los contratos estatales*. Universidad De La Sabana. Instituto de postgrados. Especialización en contratación estatal. Bogotá.
- Montenegro Trujillo, Santiago (2004). *Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública*, 2004, Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, Libardo (1984). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Editorial Temis, Bogotá
- Rosero Melo, Bertha Cecilia (2012). *Contratación Estatal. Manual Teórico- Práctico*- Editorial Ediciones de la U, Bogotá - Colombia.

Ruiz Orejuela, Wilson (2012). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* Editorial ECOE, Bogotá Colombia.

Ruiz, Juan, *efectos económicos de la corrupción en la contratación Estatal en Colombia*, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.

Soto Coaguila, Carlos Alberto (2011). Capítulo “*El Pacta Sunt Servanda y la revisión del contrato*”, del libro “*Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*”, Editorial Temis, Bogotá

Torres, Galo (1996). *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*. Editorial TRAMA;

Universidad Nacional Autónoma de México, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*.

Vedel, Georges, (1961). *Derecho Administrativo*. PUF, París

Villegas Basavilbaso, Benjamín (1949). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires

### **Normatividad**

Constitución Política de 1991.

Ley 1150 del 2007, Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993.

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

Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción.

Ley 1483 de 2011, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales.

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

Ley 819 de 2003, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Decreto 111 de 1996, mediante el cual se compila la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Decreto 1957 de 2007, por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se dictan otras disposiciones en la materia.

Decreto 4836 de 2011, por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se modifican los Decretos 115 de 1996, 4730 de 2005, 1957 de 2007 y 2844 de 2010, y se dictan otras disposiciones en la materia.

### **Jurisprudencia**

#### **Corte Constitucional**

Sentencia C-300 de 2012,

#### **Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal,**

Sentencia SP9225. González Muñoz, María del Rosario, 2014

#### **Consejo de Estado. Sección tercera.**

Sentencia Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489), 10 de diciembre de 2015

Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287

Sentencia 76001-23-31-000-2005-02371-00(49847) Santofimio Gamboa, Jaime, 2013,

Sentencia 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005)”. CP. Santofimio Gamboa, Jaime, 2013

Sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Santofimio Gamboa, Jaime, 2013,

Sentencia de 13 de noviembre del 2008, radicado 17009, MP- Enrique Gil Botero.

Sentencia 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332). C.P. Gil Botero, Enrique, 2014

Sentencia N° 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC), Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando, 2014,