

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS
PUBLICOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

AUTORES:

POTES COPETE LUIS CARLOS

TRIANA ORTIZ MARIANA

BOGOTÁ DC.

2016

Resumen

La investigación que realizamos referente al REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO, en ella identificamos la necesidad que dentro del ordenamiento jurídico Colombia, en materia de sanciones en la contratación estatal, debe ser mucho más fuertes ya que las actuales no han sido lo suficientemente persuasivas para evitar que los funcionarios suscriban contratos con abuso de poder o sin el lleno de los requisitos legales para la contratación. Por este motivo dentro de nuestras propuestas planteamos: cambios en el control interno de las entidades estatales, dejando el procedimiento de vivir en función de los entes de control externo; medidas como reforzar el sistema de gestión de calidad, procedimientos de autocontrol en materia de contratación, y así evitar que siempre se tengan que generar planes de mejora a raíz de los hallazgos de un ente de control; cambio en los manuales de contratación de las entidades estatales, introduciendo pautas sobre el seguimiento y control de los contratos en todas las etapas, realizar también la actualización del mismo por lo menos anualmente; en materia de riesgos, cada entidad estatal debe realizar un análisis de riesgos que se puedan presentar en materia contractual anualmente, por ejemplo, hay riesgos de corrupción, de falta de oportunidad, del manejo presupuestal, hay muchísimos riesgos que se pueden avizorar, pero lo importante no es establecer un mapa con un montón de riesgos, sino cuáles son las medidas para prevenir su ocurrencia, ya que la contratación estatal es un negocio que está en el mercado de bienes, obras y servicios en general, el Estado mueve la economía, por eso todo el mundo quiere contratar con el Estado, por eso hay carteles de contratación, tenemos que dejar que el mercado regule la actividad, y esto se hace conociendo ese mercado, eso es parte del análisis de los riesgos.

De esta manera consideramos el endurecer las penas a aquellos funcionarios públicos o particulares que administran recursos públicos sería el mecanismo para la protección de los derechos y recursos públicos.

Abstract

Our research concerning the system of disqualifications and incompatibilities for public officials to contract with the state, it identified the need within the legal system Colombia, on sanctions on government procurement should be much stronger since the current have not been sufficiently persuasive to prevent officials sign contracts with abuse of power or without fulfilling the legal requirements for hiring. For this reason we propose in our proposals: changes in internal control of state agencies, leaving the process of living beings depending on external control; measures such as strengthening the quality management system, self-control procedures on recruitment, and thus avoid always having to generate improvement plans following the findings of a watchdog; change in hiring manuals state entities, introducing guidelines for the monitoring and control of the contracts at all stages, also perform the same update at least annually; regarding risks, each state agency must perform a risk analysis that may arise in contractual matters annually, for example, there are risks of corruption, lack of opportunity, the budget management, there are many risks that can foresee, but important is not to establish a map with a lot of risks, but what measures to prevent their occurrence are, as government contracting is a business that is on the market for goods, works and services in general, the state moves the economy, why everyone wants to contract with the State, so there are signs of recruitment, we have to let the market regulate the activity, and this is done knowing that market, that's part of the risk analysis.

Thus we consider tougher penalties on those public officials or private individuals who manage public resources would be the mechanism for the protection of rights and public resources.

Justificación

Es de gran importancia que los colombianos que deseen ser elegidos en cargos de elección popular tengan conocimientos de que existe un régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los cargos de elección popular, ya que se evidencia un desconocimiento de que no podrían aspirar por medio del voto a un cargo público y lo hace; como también los electores ya que podrían decidir no votar por dicho candidato que sobre el recae una inhabilidad e incompatibilidad.

Los funcionarios de elección popular, de acuerdo con la Constitución y la ley, tienen determinadas obligaciones y competencias, dentro de determinados límites, conocidos como inhabilidades e incompatibilidades.

En el campo de la contratación estatal, las inhabilidades e incompatibilidad de los funcionarios de elección popular tienen que ver por ejemplo con: los alcaldes, de los entes territoriales que no podrían suscribir un contrato de suministro (abastecimiento de gasolina, proveer papelería) con un familiar bien sea su hermano, cónyuge o compañero (a) permanente; aquel funcionario público que celebre contratos con empresas en donde él sea accionista o tenga participación económica; utilizar una figura de convenio de cooperación para eludir una licitación pública por parte de un funcionario público; como también inflar los precios de un artículo para obtener beneficios económicos en un contrato de suministro. En últimas, el no contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) El cual es requisito habilitante en la adjudicación de un contrato estatal.

En cuanto aquellos que a sabiendas de estar inhabilitados inscriben sus nombres para ser elegidos en cargos de elección popular; deberían existir sanciones severas ya que se genera un desgaste administrativo porque se evidencia cada vez más un número creciente de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo buscando la nulidad de dicha elección.

Cuando son demandadas las curules consideradas inhabilitadas, se evidencia un desgaste administrativo debido a que se debe realizar nuevas elecciones, esto implica un desborde de toda la logística que se requiere para organizar una nueva contienda electoral donde en ultimas también se genera gastos económico considerables.

Finalmente el estudio y conocimiento de la existencia de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades estaría brindando transparencia, ética administrativa e igualdad de oportunidades para participar a los cargos de elección popular.

Problema, Hipótesis, Objetivos

Área problemática

Categorías.

Elección popular

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Cargos de elección popular

Obligaciones y competencias

Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP)

Desgaste administrativo

Proposiciones problemáticas.

Proposición afirmativa

Las inhabilidades e incompatibilidades son restricciones creadas por el constituyente o el legislador el cual tiene como fin limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas donde suscriban contratos estatales.

Proposición Interrogativa

¿El régimen de inhabilidades e incompatibilidades impide y garantiza; la moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad del comportamiento o desempeño de los funcionarios en la contratación estatal?

Proposición negativa

Las inhabilidades e incompatibilidades no controlan ni garantizan la transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad de los funcionarios públicos cuando suscriben contratos estatales.

Problema.

¿El régimen de inhabilidades e incompatibilidades impide y garantiza; la moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad del comportamiento o desempeño de los funcionarios en la contratación estatal?

Hipótesis.

Es fundamental efectuar un análisis a la Carta, Leyes y jurisprudencia para determinar el alcance y pertinente para que los funcionarios públicos garanticen la moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad en los procesos de contratación estatal.

Objetivos

General.

Determinar el alcance y pertinente para que los funcionarios públicos garanticen la moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad en los procesos de contratación estatal.

Específicos.

Analizar los principios de moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad en la contratación estatal.

Efectuar una evaluación como los principios de moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad en la contratación estatal se reflejan en el comportamiento de los funcionarios a cargo de dicho proceso.

Estado del arte

Resúmenes Analíticos de Investigación.

RAI 1

Tema: El régimen contractual de las empresas sociales del Estado

Autoría: Carlos Andrés Ballesteros Serpa

Institución: Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.

Año: 2013

Tipo de trabajo: Monografía para optar al título de magister en derecho Administrativo

Problema.

¿Subsiste la distinción tradicional: Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración, al tener en cuenta que la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen aplicable a las ESES corresponde al Derecho Privado, salvo si deciden incorporar cláusulas exorbitantes propias del Estatuto Contractual? (...) ¿Dicha incorporación define la jurisdicción competente en materia de controversias que se originen en la actividad contractual? (...) ¿La tipología contractual que se adopte tiene incidencia en el régimen jurídico aplicable? (...)¿La observancia de los principios constitucionales a que hace referencia el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 incluye otros principios diferentes a los establecidos en los artículos 209 y 267 y los

principios específicos de la contratación estatal?; Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las ESES deben tener en cuenta las normas del Estatuto Contractual que desarrollan y concretan dichos principios?

Hipótesis.

En las últimas décadas en Colombia se ha insistido en exigir la observancia de los principios que orientan la función administrativa para estos regímenes excepcionales, circunstancia que ha creado un margen generalizado de indeterminación sobre su aplicación, generándose numerosos cuestionamientos, pues no se sabe a ciencia cierta la totalidad de principios aplicables, ni tampoco la manera de aplicarlos, ni hasta qué niveles opera el principio de la autonomía de la voluntad, ni si estos pueden llegar a ser realmente compatibles con el escenario de agilidad y eficiencia que caracteriza a las normas civiles y comerciales. Este tipo de entidades terminan entonces desenvolviéndose en una especie de nebulosa jurídica, en donde el Derecho Privado y el Derecho Público conviven e interactúan en una atmósfera bastante confusa.

Objetivos.

Analizar al régimen jurídico propio de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual se caracteriza por desarrollar una tensión entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Estudiar el régimen común de las entidades públicas, es decir, tanto de las sometidas al Estatuto Contractual como de aquellas exceptuadas de esta normatividad, para lo cual será de vital ayuda los alcances que la jurisprudencia y la doctrina han determinado en este tema en particular.

Analizar propiamente el régimen especial que el ordenamiento jurídico ha establecido para los contratos que celebran las ESES, valiéndonos para ello no sólo de la legislación, doctrina y jurisprudencia aplicable sino también de importantes pronunciamientos que la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de su labor de control público.

Proporcionar a las ESES nuevas herramientas que les permitan comprender, de mejor manera, los fines que deben buscar en el ejercicio de las funciones determinadas por el ordenamiento jurídico

Desarrollo.

Las empresas con regímenes excepcionales independientemente que se rijan por el derecho privado, en todo proceso de contratación estatal deberían someterse a los principios de las función administrativas; los cuales buscan dotar todo el proceso de la administración pública de seriedad y transparencia ya que evitarían la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación y los sobrecostos. Siendo así el administrar los recursos públicos conlleva a una serie de responsabilidades en las que pueden quedar incursos sus funcionarios o aquellos particulares que administren recursos del estado. De igual manera también deberán regirse por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

Los contratos que celebren las entidades estatales sujetas a regímenes especiales le darán dar gran relevancia al principio de transparencia; este garantiza la selección objetiva, esto es, seleccionar al oferente más idóneo que contribuirá a la realización de los fines estatales.

El autor deja ver que no existe claridad de la aplicación de los principios en las regímenes excepcionales, en la contratación que ellos puedan adelantar; pues algunos dicen que la aplicación de estos debe ser reducida, que no se debe aplicar en los procedimientos, otros que se deben aplicar y es mas de manera generalizada en todo el procesos de contratación. Considera además, no solo de debe dar aplicabilidad a los principios constitucionales sino a todos los que se encuentran el ordenamiento jurídico colombiano, es decir los que dictan otras normas como el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, la ley anti-tramites, pues finalmente todos

buscan orientar la función administrativa, luego entonces así no se apliquen en su totalidad deben ser tenidos en cuenta como patrones orientadores en la contratación de los regímenes exceptuados.

Los principios deben vérsese como guías para la elaboración de sus disposiciones internas como son: el proceso de selección del contratista, las obligaciones por parte del contratante entre otras la forma de publicidad de la toda la actividad contractual; estos permiten una sana aplicación tanto de las normas de derecho público como el privado. Se enfatiza que la aplicación de no debe ser en estricto orden como lo pretende la ley 1150 del 1997, pues de que serviría que el legislador lo haya enmarcado en la ley 100 del 1993.

El ordenamiento jurídico ha dejado la potestad mediante la 1150/97 a los regímenes de las ESES de que puedan dar aplicabilidad de las cláusulas exorbitantes. Esto indica que se regirán por las normas del derecho privado, pero excepcionalmente aplicaran las normas del derecho público siempre y cuando hayan hecho uso de dichas cláusulas. Sin embargo es claro que si estas deciden aplicar las cláusulas exorbitantes están en la obligación de regirse por las reglas del estatuto de la contratación estatal o ley 80 del 1993.

Finalmente las empresas que administren recursos del Estado tienen la labor de contribuir a la materialización de los fines del estado como son: una permanente y constante prestación de los servicios públicos y garantizar los derechos de los asociados. De esta manera los contratos que celebren las entidades estatales sujetas a regímenes especiales las cuales se rigen por la normatividad del derecho privado; pero cuando estas han hecho uso de las cláusulas exorbitantes como son: interpretar los documentos contractuales, introducir modificaciones a los contratos, y la terminación unilateral de dichos contratos imperativamente tendrán que hacer uso del régimen del derecho público, como es el caso en cuestión de las empresas sociales del estados, siendo así

deberán someterse a los principios de las administración pública como también al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del estatuto de contratación estatal o ley 80 de 1993.

RAI 2

Tema: Responsabilidad de los servidores públicos en el desarrollo de la contratación estatal.

Autores: Helberth Antonio López Pedraza y Sandra Johanna Yara Delgado.

Institución: Universidad Militar Nueva Granada. Facultad derecho. Derecho sancionatorio. Bogotá D.C.

Año: 2011

Problema:

Frente a la constante modificación de la normatividad contractual en materia sustancial y procedimental no existe claridad sobre los bienes jurídicos que se vulneran ante el desconocimiento, la desinformación y las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos encargados de las diferentes etapas contractuales y *post* contractuales a la luz del estatuto de contratación estatal.

Hipótesis:

La Procuraduría General de la Nación, los entes de control de las entidades públicas, las personerías municipales investigan y sancionan esas conductas ilícitas, y las estudia en cada una de sus diferentes instancias, de acuerdo con el objeto central en el que se enmarca la conducta descrita en el caso en concreto.

Objetivo:

Analizar el contrato estatal en su conjunto y las consecuencias jurídicas de la acción u omisión del servidor público en la aplicación de la ley.

Resumen marco teórico-conceptual.

Aspectos Generales en Materia de Contratación Estatal.

Cuando se trata de contrato estatal, corresponde al acto de manifestación de voluntad generador de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal, la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos la tiene exclusivamente la jurisdicción contencioso administrativa.

La ley 80 de 1993, regula las diferentes fases del contrato, La formación, la celebración y la ejecución del contrato, dentro de las cuales se presentan diferentes irregularidades en las que comúnmente incurren los servidores públicos, ya sea por acción o por omisión.

Mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1986 se expresa que las entidades estatales se encontraban obligadas a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta imputable a una entidad pública y a sus funcionarios; es por esta sentencia que se presenta una evolución en la jurisprudencia en tres aspectos, la responsabilidad directa, indirecta, y la falla en el servicio.

Las entidades estatales de conformidad con el estatuto de contratación, deberán adelantar los procesos contractuales previo estudio de conveniencia y oportunidad respecto de la disponibilidad presupuestal, los bienes o servicios necesarios para el desarrollo de su objeto social y cumplimiento de los fines esenciales del Estado, acatando las exigencias previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo a las modalidades de contratación, a la respectiva adjudicación del proceso , a la suscripción del contrato y su respectivo desarrollo.

Requisitos de existencia, validez, ejecución y Garantía única de cumplimiento.

Requisitos de existencia: Son aquellos elementos sin los cuales el negocio jurídico no produce efecto alguno, es decir, manifestación de la voluntad, el objeto lícito y la causa lícita

Requisitos de validez: Son los que consagra el artículo 1502 del código civil, son necesarios para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, como lo es en el caso de un contrato estatal, la capacidad y el consentimiento libre de vicios.

Requisitos de ejecución: Están consignados en los artículos 25 y 41 de la ley 80 de 1993 y son los siguientes:

1. Garantía única de cumplimiento: Es un contrato accesorio por el cual una tercera persona distinta del contratante y del contratista, se compromete por su cuenta y riesgo, previamente con el contratista a responder económicamente al Estado, por los perjuicios ocasionados por el contratista en la ejecución del contrato cuando exista incumplimiento de las obligaciones, se mantiene vigente durante la vida del contrato y su liquidación.

Es importante resaltar que el Decreto 4828 de 2008 amplió las modalidades por las cuales un contratista puede garantizar la ejecución del contrato, de tal forma que en la actualidad pueden ser admitidas como garantías y no pueden ser negadas por las entidades públicas: fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía, depósito en dinero de la garantía.

2. Disponibilidad presupuestal: Es un requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos con el fin que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos que se deriven del negocio jurídico del cual hace parte el Estado.

Ante lo anterior, es importante resaltar que el tesorero, debe certificar la existencia de disponibilidad de rubro presupuestal y presupuesto disponible, para la obra o inversión. Sin la existencia del certificado de disponibilidad presupuestal, no se podrá iniciar el proceso; el registro presupuestal por su parte, opera cuando se efectúa el gasto, es decir, la protocolización de la reserva en los libros de contabilidad.

Responsabilidad en el régimen disciplinario.

El régimen disciplinario busca asegurar la buena marcha de la administración pública bajo los principios establecidos en el Art. 209 de la Constitución Política de Colombia, en el entendido de la aplicación y ejercicio de los fines esenciales del Estado, garantizando así los derechos y libertades públicas de los asociados frente a las actuaciones objeto de acción, omisión, o extralimitación del ejercicio de las funciones ejercidas por los servidores públicos. Lo anterior, desarrollado a través de un proceso disciplinario compuesto por normas sustanciales y procesales que aseguran principios constitucionales como el debido proceso.

Irregularidades cometidas por los funcionarios públicos respecto al proceso contractual.

La sanción aplicable en ejercicio del derecho sancionatorio será correspondiente con el tipo disciplinario infringido y el grado de culpabilidad del delegante y delegado; sin embargo en algunos casos y pese a lo normado el argumento de la ausencia de responsabilidad del funcionario por delegación en otro, es tal vez el más utilizado en los descargos de todas las investigaciones disciplinarias, siendo claro que en estos casos no se desliga la responsabilidad del servidor dada la relación especial de sujeción a la cual se encuentra sometido.

La responsabilidad, penal, fiscal y disciplinaria en materia contractual no solo se predica del representante legal de la entidad en calidad de ordenador del gasto, sino también del grupo asesor de contratación y sus respectivos miembros de los comités evaluadores y en la etapa contractual y post contractual en los funcionarios que tengan bajo su cargo la supervisión, vigilancia y control de los bienes fiscales que se disponen a través de la contratación estatal.

Son sujetos disciplinables a la luz del Código Único Disciplinario los servidores públicos, los particulares que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales, así como aquellos

que prestan servicios públicos a cargo del Estado, es decir, que las funciones impliquen “la manifestación de las potestades inherentes al Estado y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador”

Desde esta perspectiva, se hace necesario recalcar que la acción disciplinaria no solo procede contra servidores públicos o particulares que ejerzan funciones públicas sino contra aquellos que se encuentren desvinculados o retirados del servicio cuando las conductas se hayan ejecutado en razón a las funciones desempeñadas.

Concepto de ilicitud sustancial.

Se entiende como infracción sustancial del deber el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, es decir, que con la conducta del servidor público o particular con funciones públicas que atente o ponga en peligro la función pública; desde esta perspectiva el operador disciplinario no solo se debe establecer la adecuación de la conducta en el tipo disciplinario sino también determinar si el comportamiento es reprochable legalmente, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional.

La ilicitud sustancial en el contrato estatal.

En el derecho público no basta únicamente el acuerdo o consentimiento de las partes para que se generen obligaciones recíprocas, es necesario que se cumpla con una serie de formalidades, requisitos que son de obligatorio cumplimiento y que se surten en las etapas precontractual, contractual y de liquidación, adicionados por leyes o decretos especiales que redundan en la protección al patrimonio, de allí que la ilicitud sustancial del comportamiento correspondiente al servidor público en el contrato corresponde al incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Responsabilidad patrimonial contractual de los servidores públicos.

La responsabilidad contractual se considera como aquella que nace para el servidor público de indemnizar cuando ocasiona un daño, con el incumplimiento, cumplimiento parcial o tardío, de mora o desconocimiento de obligaciones, adquiridas con ocasión de un contrato estatal; En este sentido se hace necesario señalar que la responsabilidad del servidor público compromete su patrimonio que puede ser accionada por el estado mediante acción de repetición.

La responsabilidad enmarca tres campos:

1. Frente al Estado
2. Frente al contratista
3. Frente a terceros

Es necesario señalar que no solo se determina la responsabilidad en materia disciplinaria y penal respecto de las actuaciones de los servidores públicos sino también la denominada la responsabilidad fiscal, la cual se caracteriza por:

- Detrimento del recurso público
- Es un régimen de responsabilidad independiente y autónoma
- Funcionalmente es ejercida por: Contraloría General de la República a nivel Gral.
- La naturaleza de la responsabilidad fiscal: es inminentemente administrativa
- El objetivo de la Responsabilidad Fiscal. Es resarcir los daños ocasionados mediante el pago.
- Elementos Responsabilidad Fiscal:
 - Daño patrimonial del estado
 - Conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión fiscal
 - Nexo causal entre la conducta dolosa o culposa y el daño patrimonial de estado

Responsabilidad patrimonial extracontractual de los servidores públicos.

Esta clase de responsabilidad se predica del daño ocasionado en el patrimonio y con la cual no liga ningún nexo contractual, es así como esta clase de responsabilidad no se depende de ningún contrato; ante la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado por acción, omisión o extralimitación en el actuar funcional del servidor público, denominada como una conducta dolosa o gravemente culposa se desprende la acción de repetición, la cual deberá ser interpuesta por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que la entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo; de esta clase de acción conocerá la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Conclusiones.

La calidad de servidor público o particular que ejerce funciones públicas implica el cumplimiento de la constitución, las leyes, los estatutos y reglamentos de la entidad respectiva; los encargados de la función pública en la administración de recursos, de dirección y vigilancia y control de las etapas precontractual, contractual y post contractual deben adelantar sus funciones enmarcadas en los fines del estado, los principios constitucionales de la administración pública en concordancia por los establecidos en el estatuto de contratación estatal. El desconocimiento de la normatividad contractual en concordancia con lo preceptuado en la Constitución, ley y reglamentos son objeto de reproche del proceso disciplinario cuando desconocen los principios de la administración pública, la contratación estatal y fines esenciales del Estado, por quebrantamiento de la función social, bajo el aseguramiento del respeto por la dignidad humana, debido proceso y efectiva prestación del servicio público.

RAI 3

Tema: Principio de la transparencia y su aplicación al contrato de obra pública en Colombia

Autor: Diego Fabián Hernández Ruiz

Institución Universidad Santo Tomás de Tunja, Boyacá.

Año: 2011

Tipo de trabajo Artículo de reflexión resultado dentro de la línea de investigación de Administración Pública en el grupo de investigación en Ciencias Administrativas y Contables.

Problema planteado:

Los temas que tienen que ver con las causas concernientes a la contratación administrativa, siendo que las mismas se presentan como puntos coadyuvantes a la comisión de errores e injusticias por parte de la administración. En ocasiones mediante procesos de responsabilidad fiscal y/o penal se devuelven los bienes o el equivalente de los mismos de propiedad del erario público que han sido hallados como afectados de la gestión, así como también se sancionan las conductas que operan en contra de los intereses o los fines del Estado, sin embargo, no deja de operar un porcentaje de impunidad en el entendido de que los hechos cometidos, sumado esto a la lenta y obsoleta operación de la administración de justicia, dan cabida a la peor de las problemáticas que se presentan en Colombia como es la corrupción, siendo que la misma en el índice publicado actualmente además resulta afectando a gran parte de los países que mediante el mismo tema de contratación estatal pero ya en un horizonte internacional.

Hipótesis.

Es preciso entonces partir de la base, y precisamente mediante el presente material, frente a que el asiento de la contratación estatal radica en los principios y principalmente en el puntualizado en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 bajo el denominado *Principio de la*

Transparencia tal y como lo ha establecido el legislador en consonancia con los objetivos buscados, pues los mismos han de obedecer al cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas para preservar el patrimonio público y el cumplimiento a los fines del Estado de acuerdo a los intereses de la colectividad.

Resumen marco teórico-conceptual.

Introducción.

En la época actual, el Estado ha destinado gran parte del Presupuesto Nacional para gastos de inversión y gastos de funcionamiento, llevando intrínsecamente el hecho de constitución a los contratos estatales, los cuales deben estar direccionados a proveer ayudas, bienestar y satisfacción de necesidades de interés general, a todos los habitantes del territorio sin discriminación alguna de raza, sexo, condición social o económica de que trata la Constitución Nacional de Colombia de 1991.

En ocasiones mediante procesos de responsabilidad fiscal y/o penal se devuelven los bienes o el equivalente de los mismos de propiedad del erario público que han sido hallados como afectados de la gestión, así como también se sancionan las conductas que operan en contra de los intereses o los fines del Estado, sin embargo, no deja de operar un porcentaje de impunidad en el entendido de que los hechos cometidos, sumado esto a la lenta y obsoleta operación de la administración de justicia, dan cabida a la peor de las problemáticas que se presentan en Colombia como es la corrupción.

Es preciso entonces partir de la base que el asiento de la contratación estatal radica en los principios y principalmente en el puntualizado en el Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 bajo el denominado Principio de la *Transparencia* tal y como lo ha establecido el legislador en consonancia con los objetivos buscados.

Generalidades del principio de Transparencia.

Estudios hechos a nivel internacional, como los adelantados por el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional y mediante los cuales se han arrojado resultados e índices manejados por el sector público y el sector Privado, en los cuales se evidencia claramente como la corrupción es el principal obstáculo al crecimiento y desarrollo económico de gobiernos y naciones, toda vez que se encarga de desangrar los presupuestos oficiales de las mismas.

Es importante definir la palabra corrupción en este campo de la aplicación al Principio de la Transparencia previamente; según Grondona (1993) tanto así que los diccionarios destacan de manera especial que la palabra corrupción tiene una amplia gama de significados y se afirma que viene del latín *corrumpio*, derivado de *corruntum*. Se refiere a descomposición, desorganización de las partes de un todo; depravación, perversión, desmoralización; en general es la disgregación o ruptura de los elementos de un ser compuesto. Según el diccionario de la Real Academia Española (1995) viene del latín *corrumpens, entis*. Tiene varias acepciones, entre otras: “en las organizaciones, especialmente, en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. Por otra parte, las Naciones Unidas definen la Corrupción como: “utilización ilegal de un cargo público en provecho propio. El término ilegal significa que existen leyes o reglamentos que rigen la conducta humana de las personas que desempeñan cargos públicos”.

Las normas reguladoras de los actos Administrativos en materia contractual, deben contemplar una serie de mecanismos orientados a garantizar la claridad, nitidez y como su nombre lo indica, la transparencia de la totalidad de la actividad contractual del Estado, puestas estas en práctica durante todo el proceso, que para tal efecto ha de tratarse de las etapas precontractual, contractual y post-contractual según sea el caso.

Tratándose de la Licitación Pública de un contrato de obra, es objetiva la selección en la cual la escogencia se concibe a la oferta más favorable para la entidad y a los fines que ella busca sin tener en consideración factores de simpatía, de interés o cualquier clase de motivación subjetiva

Encaminada la transparencia a grado de principio, debemos definirla según el conjunto de normas, procedimientos y conductas reconocidas como un bien del dominio público, en el sentido de que toda la información generada o en posesión de las entidades gubernamentales y especialmente cuando se utilicen recursos, se ejerzan funciones o sean del interés público han de sustentarse en los derechos de libre expresión y a la información; partiendo del concepto como el acto que consiste en abrir la información gubernamental al público y al escrutinio de la sociedad, es decir, la práctica democrática de colocar la información gubernamental en la vitrina pública, para que la gente pueda revisarla, analizarla y en su caso, utilizarla como mecanismo de sanción.

Compromiso en la sociedad.

La cimentación de la confianza es un compromiso compartido, a partir del cual se puede garantizar la transparencia como principio descrito en el Congreso de la República (Ley 80 de 1993), el equilibrio económico en el contrato para las partes y la seguridad jurídica que debe operar en el desarrollo de la contratación pública. Con tal intención, los entes de control y vigilancia como la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación entre otras se han preocupado por el correcto funcionamiento de las administraciones en lo referente a la función pública y los fines del Estado.

Según Wiens (1998), Hace unos 2300 años, ya se tenía información acerca de la existencia de la corrupción, hasta tanto que en la antigua China se tomaban correctivos para neutralizarla dándoles a los funcionarios un suplemento llamado Yang Lien, según ellos se trataba de un

fomento de incorruptibilidad o alimenta la no-corrupción, mientras tanto el primer ministro Bramán de Chandragupta redactaba una lista, donde se incluían por lo menos cuarenta formas fraudulentas de obtener dinero de parte del gobierno, sin embargo hay quienes defienden la posición o justifican el hecho ofrecer a los funcionarios o viceversa dádivas, sobornos, gratificaciones o regalos, pues al fin y al cabo resultan siendo lo mismo, y el sancionar estas actuaciones resulta muchas veces injusto moralmente para quienes defienden la tesis.

Ya en términos de filosofía Platón hablaba del soborno en las Leyes, teniendo en cuenta que quienes sirven a la nación deben prestar sus servicios sin recibir ningún regalo y Weber atribuye el hecho de la corrupción más que todo en los países mulatos, no por la condición racial sino por la baja estratificación o nivel social.

Los funcionarios públicos son agentes del Estado que deben actuar en bien de su entidad y de la administración en general, cuya función siempre debe ir encaminada a la prestación del servicio público y el cumplimiento a los fines del estado, evitando la obtención de beneficios privados respecto de transacciones con los administrados so pena de crear trastornos públicos, los cuales de acuerdo a su materialización y participación significan en el hecho, en sí, la corrupción tiene como punto de partida el hecho y posteriores actos de la persona pone sus intereses personales por encima de la sociedad y los ideales a los cuales está comprometida a servir. La desconfianza colectiva, fundada en la imprevisibilidad del comportamiento del otro, da como resultado el subdesarrollo: el Estado carece de recursos, las empresas no invierten sus capitales, el gobierno culpa a los ciudadanos y estos al gobierno.

Es lamentable el saber que para la actualidad en Colombia se manejan índices de corrupción demasiado altos, dentro de los cuales se encuentra marcado el del ámbito de la contratación estatal y en especial para los contratos de obra pública, teniendo en cuenta que en este

aspecto se manejan la mayoría de los recursos públicos mediante contratos de construcción, mantenimiento, mejoramiento y concesiones para el mismo fin.

Dentro de las últimas encuestas realizadas por Confecámaras, se muestran graves irregularidades en los procesos de contratación y licitación con el Estado, dejando ver latente el pago de sobornos, específicamente el llamado- CVY- (Como voy yo), el cual no solo es aceptado sino de pleno conocimiento por los entes de control, funcionarios, contratistas y particulares promovido en forma implícita, como resultado de ciertos grupos empresariales privados.

¿Cómo operaría el principio de transparencia en actos o contratos de obra pública? El artículo 29 indica que la selección de contratistas será objetiva, siendo que la misma ha de tratarse de la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, obedeciendo a los factores de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, entre otros, y se atacan los actos de corrupción, pues aquí mismo se deja claro que el proceso ha de realizarse sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

El principio de Transparencia, constituye en los funcionarios jefes o representantes de las entidades del Estado, una pauta de actuaciones, las cuales por lo general frente al contrato de obra pública se encuentran direccionadas a satisfacer las necesidades de la comunidad, hallando su respaldo, en la Constitución Nacional (1991) Artículo 209, donde se establecen los Principios que Rigen la Función Administrativa como son: la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, con el fin de garantizar la imparcialidad en el proceso contractual para evitar que del mismo resulten actuaciones o conductas relacionadas con tipos penales y plenamente descritas en el Código que regula la materia.

Una vez conscientes del daño que produce al mundo, la corrupción como consecuencia a la falta de aplicación al principio de la Transparencia, y tal daño ubicado dentro del proceso de adjudicación de contratos de obra pública mediante el mecanismo de selección objetiva, notamos que la falla se encuentra localizada básicamente en la facultad que se ha otorgado en cabeza de los Jefes y Representantes de entidades estatales en interpretación objetiva y evaluación a las propuestas presentadas, dando libertad para excusar su actuar, dejando ver claramente la necesidad de una reforma al Estatuto General de Contratación en Colombia.

Mientras esto ocurre, se hace necesario que en general, partiendo de un criterio personal, trátase de funcionarios, contratistas y/o particulares, nos concienticemos y fijemos unos compromisos en bien de la comunidad, beneficio del interés general y con el fin de facilitar al Estado la gestión de garantizar el cumplimiento de la gestión pública y sus fines; compromisos estos que han de tomarse de acuerdo a cada sector o mejor calidad que desempeñe dentro del proceso de contratación, ya que como quedó anteriormente anotado el contrato de obra pública y el de concesión en Colombia, son de los más vulnerables al efecto de la corrupción y demás conductas penales.

Actualmente frente al aspecto normativo, el principio de transparencia, se encuentra reglamentado por el Congreso (Ley 80 de 1993), Artículo 24, con significativas e impactantes reformas, en los años 2007 y 2008 con el Congreso (Ley 1150 DE 2007) artículos 2, 5, y según la Presidencia (Decreto 2474 de 2008), novedades que han resultado a consecuencia de las evasivas en aplicabilidad al principio valorado y la necesidad de profundizarlo en la actividad contractual del Estado, sin embargo los actos de corrupción continúan su curso aparente de normalidad, lo cual exige de parte de quienes intervienen en los procesos contractuales la concientización y de parte del Legislador, la reglamentación exigente en cada proceso de licitación pública,

seleccionando objetivamente a los participantes o contratistas en favor de la entidad, sus fines y beneficio del interés general.

Fuera de lo reglamentado por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, la Carta Política, limita la labor de los funcionarios públicos y servidores, a un interés Estatal traducido en interés colectivo por encima de cualquier clase de interés personal y en constante lucha por la moralidad Administrativa, la Constitución de 1991, estipula que la función administrativa debe obedecer a intereses generales fundamentados en actos de igualdad, eficacia, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad.

Según la Ley 80 de 1993, su artículo 3º, establece dentro de los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar los contratos y en su ejecución el cumplimiento de los fines estatales, y anexamente, el numeral 2 del artículo 26 se refiere al principio de la responsabilidad, en cuanto en su numeral 4 Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

La ley 87 de 1993, “normas para el ejercicio en las Entidades y organismos del Estado” contempla que en el ejercicio del control interno ha de tenerse en cuenta el principio de moralidad como presupuesto de transparencia.

La Ley 136 de 1994, en el Artículo 5º establece que dentro de los principios rectores de las Administraciones Municipales, el de moralidad debe prevalecer en las actuaciones de los servidores públicos.

La Ley 734 de 2002 “Nuevo Código Disciplinario Único”, Establece como prelación por parte del sujeto disciplinable, además del cumplimiento de los principios de la Gestión Pública, el de salvaguardar la moralidad pública.

Aparte de esta normatividad, encontramos otras disposiciones de carácter territorial, interno de entidades con fundamento en la transparencia y en procura de desarrollo, como por ejemplo las siguientes:

“Pacto por la Transparencia” del Instituto de Desarrollo Urbano.

“Código de Ética del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente DAMA” del 17 de julio de 2002.

No obstante de existir normatividad suficiente que ampare la aplicabilidad al principio de transparencia, y en general se de aplicación mediante La Constitución Política, Estatutos, Leyes, Decretos, Códigos de Ética, Resoluciones, manuales entre otros, se hace necesario adquirir compromisos por parte de quienes intervienen en las actuaciones del Estado, especialmente frente al proceso de selección objetiva del contratista, en los contratos de obra pública adjudicados por las entidades mediante licitación, teniendo en cuenta que estos Actos Administrativos en índice de Corrupción, son los más utilizados para la comisión de ilícitos y lavado de activos, siendo conscientes del problema, toda vez que nos han regido los actos de corrupción.

Los organismos de control, siendo autónomos e independientes, deben comprometerse igualmente con el país en el adelanto de las acciones correspondientes y necesarias frente a la lucha contra la corrupción en materia de contratación pública adoptando políticas de ética y probidad y procurando el buen uso del erario público, estimulando la sana competencia empresarial y en caso de la procuraduría tendría que adoptar medidas de prevención que garanticen la buena gestión en procura de la transparencia, cumpliendo los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad y sostenibilidad ambiental.

Frente al sector privado igualmente se exigen compromisos que deben obedecer a la generación y divulgación de cultura de ética en las organizaciones, apoyar la función del Estado,

el cumplimiento de sus deberes encaminados a la satisfacción de necesidades colectivas, el cumplimiento correcto de los mandatos legales, el respeto por los derechos humanos, el respeto a las condiciones mínimas de trabajo, ejercer veedurías a la gestión administrativa por intermedio de sistemas de información como el SICE y el SIRI, cuidarse de dar u ofrecer dádivas, regalos, propinas, remuneraciones, premios o tratos preferenciales a los servidores públicos comprometidos en los procesos contractuales, colaborar con el Estado en la vigilancia y control de los procesos de contratación pública y denunciar los escenarios de corrupción que puedan presentarse, verificar la libre competencia en todas las etapas de los procesos contractuales, dar a conocer a las autoridades competentes las maniobras fraudulentas o conductas indebidas de los competidores y funcionarios que pretendan influir en la adjudicación de un contrato.

Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, concluimos que la aplicación al principio de transparencia en cualquier proceso contractual, ejercicio de la función pública y principalmente en el procedimiento de selección objetiva al contratista para la adjudicación de contratos de obra pública en Colombia, se convierte en la herramienta fundamental de desarrollo económico de nuestro país, beneficiando incluso a otras naciones que intercambian con nosotros bienes y servicios en cuanto a la confianza y manejo de las negociaciones.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, se ha reformado la Ley 80 de 1993 en aspectos referentes al mejoramiento y aplicación del principio de transparencia en procesos de contratación estatal; no obstante se hace necesaria una reforma al Estatuto General de la Contratación, que puntualice y/o garantice el deber de actuar con imparcialidad, que aunque corresponde a la conducta de cada quien o mejor de cada uno de los administrados e intervinientes en los procesos de contratación, debe imponerse por lo menos frente a los procesos de adjudicación

de los contratos de obra pública en Colombia pues son actualmente los medios más factibles a índices de corrupción y detrimento al erario público del país.

Marco teórico-conceptual

Principios de moralidad, economía; transparencia, eficacia e imparcialidad en la contratación estatal.

Principio de moralidad.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 209 considera la moralidad como principio constitucional y, en su artículo 88, hace referencia, aquel funcionario público o individuo que administre recursos públicos, al actuar con moralidad administrativa en sus funciones estaría impactando positivamente en los derechos colectivos.

Ballesteros (2013) señala que el Concejo de Estado en materia contractual a este principio se le atribuye la responsabilidad al servidor público, como aquella persona que tiene la responsabilidad ética de cumplir las funciones encomendadas donde sus acciones protejan el interés colectivo y el desarrollo de los fines del Estado; lo que indica que en el proceso de contratación, la honestidad, debe ser el eje central en todas las etapas del proceso de contratación como lo es la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

Por otro lado, el nuevo código de procedimiento administrativo (Ley 1437 del 2011), señala en su artículo 3ª numeral 5ª la obligatoriedad de todas las personas y los servidores públicos de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas, no solo de los servidores públicos sino de aquellos cuidadosos que administran recursos públicos.

Por último la Corte Constitucional, mediante sentencia C-826/13 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), señaló que los servidores públicos pueden hacer solo lo que les está permitido hacer

legalmente, es decir, están comprometidos a dar aplicación a la Constitución y la ley, y no actuar en beneficio propio o de terceros; por este motivo, en los distintas etapas del proceso de contratación deben darle exacta aplicación por ejemplo a los documentos requeridos al oferente, en cuanto a la exigibilidad de las garantías, si se extralimitan estarían en contra de la ley; por eso existe en el ordenamiento jurídico Colombia unos instrumentos que buscan asegurar el respecto del principio de *moralidad* como lo es una serie de sanciones cuando se va en contra dicho principio, entre las que tenemos: el régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, como lo es también la acción de repetición como lo indica el artículo 90 inciso 2 de la constitución política.

Principio de eficacia.

La Constitución Política de Colombia hace imperativos los artículos 2 y 209, al imponer a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Ballesteros (2013) indica que el Consejo de Estado ha relacionado este principio más a la etapa de selección del contratista donde el procedimiento de selección debe lograr su finalidad la cual es escoger la propuesta que más se ajuste a la consecución de los fines del estado y así lograr una continua y eficiente prestación de los servicios; en este orden de ideas lo que indica que todas aquellas dificultades que se presente en la etapa de selección del contratista debe ser superada.

A su vez la Corte Constitucional busca diferenciar este principio más allá de la simple efectividad, donde la Administración solo cumple con las reglas más no con los objetivos, donde se debe relacionar más bien a la eficiencia, pues esta sí se cumplen los objetivos.

Así mismo, resalta el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en el numeral 11 del art 3, que todos los posibles obstáculos que se presenten en la administración deben ser superados en procura de la efectividad de los derechos.

Finalmente en la precitada sentencia C-826/13, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), el Alto Tribunal considera este principio como el más importante en el Estado Social de Derecho, pues es el que permite la materialización de los fines estatales como lo es la eficiente y continua prestación de los servicios a los asociados; fines que la manera más indicada de cumplirse es a través de la contratación estatal.

Principio de imparcialidad.

En materia contractual en el momento de la escogencia de los posibles oferentes esta debe hacerse sin ningún tipo de preferencia de igual manera sin segregación, lo que indica que este principio es afín a la igualdad de condiciones en las que deben encontrarse los distintos proponentes; esto se traduce en el deber que tiene la entidad estatal de actuar con transparencia. En otras palabras, la el principio de imparcialidad es una garantía para los administrados y protección de sus intereses y derechos, en desarrollo de la obligación de asegurar idénticas oportunidades a los oferentes e interesados en contratar.

De lo señalado por código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en el artículo 3 numeral 3 se infiere la relación directa que existe entre este principio y otros específicos de la contratación estatal como el debido proceso, la selección objetiva, la transparencia y la igualdad de oferentes.

En último lugar la Corte Constitucional en la sentencia C-288/14 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), considera que la imparcialidad garantiza el debido proceso que debe existir en la administración pública, esta imparcialidad tiene un elemento objetivo y otro subjetivo. El subjetivo hace referencia a que debe existir una ausencia de interés en la selección del contratista y el elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que pueda existir entre el funcionario público

y el oferente o entre el funcionario y el objeto a contratar, de forma tal que pueda alterar la confianza en la toma de decisión de contratista.

Principio de Economía.

Busca la menor utilización de recursos, pero asegurando finalmente la consecución de los fines del estado. Por ello en los procesos de selección se busca que únicamente se tenga en cuenta aquellas etapas necesarias establecidas por la ley, de esta manera los tramites contractuales deberán adelantarse con austeridad de medios, tiempos y gastos.

Referente al este principio el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en su art 3 consagra la agilidad de las decisiones en todos los procedimientos, la optimización de los recursos (gasto) necesarios en los procedimientos, como también que los procedimientos sean adelantados en el menor tiempo posible.

Por otro lado, el numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, se centra en las exigencias que se le hacen al contratista; en otras palabras son prohibiciones a la entidad contratistas tales como:

-Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

-La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Por su parte la ley Anti trámite o Decreto Ley 019 de 2012, tiene como objetivo facilitar el acceso a la administración pública tanto de las personas jurídicas como naturales, suprimiendo o

reformando algunos trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios; contribuyendo de esta manera a la eficiencia y eficacia de la administración.

El mismo Decreto Ley 019 de 2012 en su artículo 5, hace énfasis que dentro del procedimiento administrativo las decisiones deben ser tomadas con agilidad, en cuanto a los procedimientos serán adelantados con el menor cantidad de gastos y tiempo, no podrá exigirse más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

Es decir, que la austeridad, eficacia y optimizar el tiempo deben ser el proceder de los servidores públicos y de los particulares que administren recursos del Estado.

En último lugar la Corte Constitucional en la sentencia C-288/14 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), considera que el principio de economía permite alcanzar los fines del Estado, logrando el mayor beneficio social al menor costo, no solo en términos monetarios, sino sociales, ambientales y culturales; por tanto, el logro del menor costo de la prestación de unos servicios continuos y eficientes le permite al Estado con los recursos que sobran, poder satisfacer otras necesidades a la población.

Principio de Transparencia.

La transparencia en materia de contratación, hace referente al conocimiento de los particulares en las actuaciones de la administración, está estrechamente relacionado con el principio de publicidad, entendiéndose como tal, que las entidades estatales tienen la obligación de publicar toda la información referente a la contratación en el SECOP y en la página web de cada institución.

En los pliegos de condiciones, se indican todas las reglas de juego con las que contarán los oferentes para participar en el proceso de contratación. Este principio obliga que se deba publicar

desde la primera etapa de selección del contratista como también las reglas que regirán hasta la liquidación del contrato.

Desde la óptica de la Corte Constitucional, se lo considera un derecho fundamental autónomo, así permitiéndole a cualquier ciudadano el acceso a los documentos públicos de igual manera la corte lo vincula con otros otros derechos fundamentales como el de petición y el de participar en la conformación ejercicio y control del poder político.

De igual manera, la Constitución Política de Colombia en su artículo 74 expresa el derecho que tiene toda persona a acceder a los documentos públicos, teniendo como excepción la restricción que haya establecido la ley para ellos.

Por su parte, la ley 80 del 1993 de igual manera lo considera como ese derecho que tienen las personas de acceder a los documentos públicos, y de obligatorio cumplimiento en el proceso contractual.

El artículo 24 del Estatuto Contractual señala las siguientes reglas precisas:

- 1) En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.
- 2) Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.
- 3) Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

4) En los pliegos de condiciones: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación; c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

5) En los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

6) Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

7) 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 en el presente estatuto.

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

En último lugar el Alto Tribunal constitucional colombiano en la sentencia C-274/13 (M.P. María Victoria Calle Correa), al tratar sobre la escogencia objetiva del contratista, los criterios de selección de las propuestas y su correspondiente ponderación, desde el ámbito de los proponentes, les permite: conocer las reglas bajo las cuales deberán elaborar sus ofrecimientos; los aspectos que serán materia de valoración ahora por parte de la Administración; el puntaje exacto que se dará a cada uno de dichos factores, la forma en que se hará el análisis comparativo de las ofertas.

Desde la óptica de la Administración, le impone: el cumplimiento de los parámetros establecidos en el pliego para la evaluación y comparación de las ofertas; la imposibilidad de desconocer dichos criterios o de adoptar criterios diferentes al momento de la evaluación.

Principio de Responsabilidad.

Este principio hace referencia a la consecuencia producto de la acción u omisión en las que podrán incurrir quienes participan en un proceso de contratación; desde el oferente, contratista, el servidor público, la entidad estatal, supervisores, interventores; es decir todos aquellos que desarrollan la actividad contractual.

De esta manera la ley 80 en su artículo 26 estableció algunas reglas para quienes desarrollan la actividad contractual:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado...

Para la ley 1437, este principio es pauta de las actuaciones y procedimientos administrativo, así esta ley en su artículo 3, establece que todas los que intervienen es el proceso contractual

deberán asumir su responsabilidad por sus actuaciones, omisiones o extralimitaciones de sus funciones de la manera como lo ha establecido, los reglamentos las leyes y la constitución.

A nivel constitucional la responsabilidad estatal se encuentra referenciada en los artículos 6, inciso 2° del artículo 90, 121, 123 y 124, que inciden en el proceso de contratación, por lo que, además de ser una garantía de los ciudadanos, también consolida el principio de legalidad como sometimiento de las autoridades estatales al ordenamiento jurídico.

En lo que corresponde a la posición de la Corte Constitucional, la sentencia C-274/13 (M.P. María Victoria Calle Correa), los oferentes responderán cuando presenten ofertas con precios artificialmente bajos buscando con ellos lograr la adjudicación del contrato; así mismo precisa sobre la descalificación o rechazo de la oferta, cuando se imposible la asignación de puntajes establecidos en los pliegos de condiciones cuando no cumpla con los requisitos para hacer cotejos o comparaciones.

Evaluación de los principios de moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad en la contratación estatal.

En un Estado de Derecho debe prevalecer la legalidad en todos los actos de la vida de sus habitantes, tanto en el ámbito público como en el privado; bajo esta premisa, se asume que los miembros de los poderes tienen en mayor grado el deber de cumplir con la normatividad y los principios como servidor del Estado, sin embargo, algunas personas han ocupado dichos puestos para obtener beneficios de distintas índoles para sí o personas allegadas, agravando dicha conducta que se realiza en perjuicio de la sociedad. Ante estas situaciones, es trabajo del Derecho, como instrumento regulador de la conducta humana, orientarlas hacia la justicia y el bien común, frenando en si todo abuso de poder. (Corona, 2006, Página 121)

La incompatibilidad surge en el siglo XVII en el Derecho Inglés en el contexto del conflicto que durante más de cien años encaró la Cámara de los Comunes con la Corona:

El artículo 6 del Act of Settlement de 1700 en combinación con el 24 de la The Succession Crown Act de 1707 estableció que todo miembro de los Comunes que aceptara un cargo retribuido de la Corona perdería automáticamente su condición, salvo ciertas excepciones, a saber, cuando se tratase de los ascensos en el ejército, cuando dicho cargo fuera expresamente declarado compatible con el parlamento, o bien, cuando el parlamentario dimitiera y fuera automáticamente reelegido por su circunscripción en la elección subsiguiente provocada por su dimisión (García, Ely, 1994, página 111)

Mundialmente, la contratación estatal ha sido una de las actividades estatales más vulnerables por el fenómeno de la corrupción. De acuerdo con una encuesta realizada por el Banco Mundial en 2005: “En 117 países de América, Asia, África y Europa, la mayoría de los pagos ilegales y sobornos realizados por firmas internacionales son destinados a la irregular obtención de beneficios en la contratación estatal, sobrepasando otras actividades estatales” (OECD, Integrity in Public Procurement, Good Practice from A to Z, pág. 9)

Es bastante estrecha interrelación que existe entre la contratación estatal y el desarrollo económico y social de una nación. En efecto:

La contratación estatal es el principal instrumento para la construcción y adecuación de la infraestructura de un país y, como lo ha demostrado la historia, se ha convertido en un mecanismo de reactivación de la economía y de fortalecimiento de determinados sectores económicos y sociales. Ejemplo de ello es la política del new deal ejecutada por el presidente Roosevelt durante la época de la Gran Depresión. En ese sentido se destacan las palabras del Secretario General de Naciones Unidas, según las cuales

...la contratación estatal es un poderoso motor para el desarrollo. Además de proporcionar bienes y servicios requeridos para el país, el acto mismo de la contratación estatal puede fortalecer las economías locales, apoyar grupos marginalizados y aumentar la capacidad local para el comercio (UNOPS, 2011, página 1).

La prevención y lucha contra la corrupción, según Bettham (2004: 251), parte de la premisa que consiste en la potenciación de una democracia de calidad, porque, según el mismo autor, se enmarca en un contexto ético de carácter universal y generalizable hacia el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos, y la democracia.

El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las manifestaciones del ius puniendi estatal y su objetivo fundamental es prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos y no permitan el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad.

Es pertinente aclarar que la potestad disciplinaria no es un fin en sí mismo, sino que encuentra su razón de ser en el adecuado desarrollo de los cometidos estatales (Sentencia C-028/06).

Vale tener en consideración que el artículo 1º de la Carta Fundamental asigna al Estado colombiano el carácter de Estado Social de Derecho, por lo que resulta apenas obvio que una organización que se erige sobre el cumplimiento de determinadas funciones públicas, para efectos de la consecución de determinados fines sociales, forzosamente deba establecer los instrumentos idóneos para garantizar que dichas labores sean desarrolladas en correcta forma (Sentencia SU-747 de 1998).

Es entonces en dicho marco, es decir, en el ámbito del Estado Social de Derecho, en el que debe analizarse el ejercicio de la potestad disciplinaria, pues la misma se constituye en un elemento de crucial importancia para efectos de la consecución de los fines estatales, entre los que se destacan asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Sentencia: 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12)).

En el mismo sentido, el artículo 123 de la Constitución señala de manera clara que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y deben ejercer sus funciones acorde a lo previsto en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

En igual sentido, el artículo 124 constitucional reza que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Sentencia C-708/99), con lo que se evidencia que la Constitución Política hace mención expresa a que los servidores públicos deben propender por el adecuado cumplimiento de las funciones que decidieron asumir en primera medida por el beneficio de la comunidad.

El artículo 125 establece que procede el retiro de los servidores públicos, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario, lo cual evidencia indiscutiblemente la existencia de la potestad disciplinaria y su carácter esencial en el cumplimiento de las finalidades estatales (Sentencia C-431/10)

Como complemento de lo anterior, el artículo 209 constitucional establece los fundamentos sobre los cuales debe desarrollarse la función pública, esto es, establece unos parámetros que orientan su correspondiente desarrollo. Dicha norma en forma manifiesta indica que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Sentencia C-826/13)

Para la Corte Constitucional, la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y que en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho (Sentencia C-028/06)

En materia contractual, participan dos sujetos por excelencia: el contratista, y la administración pública, “Como en todo contrato, para que éste surja a la vida jurídica y tenga plenos efectos, se requiere de los elementos de existencia y validez del mismo (Sentencia C-154/97)

Cuando se habla de los requisitos esenciales de validez del contrato, se debe tener en cuenta que, en cuanto a los sujetos que participan en el mismo, estos deben contar con la capacidad legal, entendida ésta, como el poder que le atribuye y/o reconoce el ordenamiento positivo a las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones” (Escobar, 1999, Página 95)

La Procuraduría en Resolución 165-49365-00 de fecha Agosto 8 de 2003 afirma que se debe partir en primera medida de la obligación que tienen los servidores públicos de conocer la normatividad que regula sus actividades, entre ellas las relativas a la contratación estatal y esencialmente en lo que concierne a las obligaciones y deberes que deben acatar en la etapa prenegocial, negocial y de ejecución; sabiendo que es un deber implementar un solo contrato por cada objeto tendiendo a satisfacer las necesidades de la entidad y sin salirse de lo constitucional y legalmente permitido. (Procuraduría, Resolución 165-49365-00. fecha Agosto 8 de 2003)

La seguridad jurídica en la contratación estatal, se ha venido logrando mediante la elevación a rango legal de tesis jurisprudenciales discutidas por el Consejo de Estado, lo que ha

puesto en evidencia el influyente rol de los jueces en la creación del derecho positivo. Entre las tesis jurisprudenciales más relevantes en materia de contratación estatal que han adquirido la fuerza de ley, se destacan las siguientes: (i) la competencia de las entidades estatales para cuantificar los perjuicios causados por los incumplimientos de los contratistas mediante acto administrativo (Radicado: 11001-03-06-000-2011-00064-00); (ii) la necesidad de respetar el debido proceso de los contratistas durante los procedimientos administrativos sancionadores para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del contrato estatal (Radicado: 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367)); (iii) la improcedencia del uso de la acción popular para solicitar la nulidad de contratos estatales (Radicado 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP))

Es importante traer a colación a manera de derecho comparado lo evidenciado en la legislación de la UE sobre contratación pública, en la cual se habla de la prevención de la corrupción, el favoritismo, el conflicto de intereses y la lucha contra ellos; con la llamada “nueva cultura de integridad y apertura”, que se ha venido reforzando con medidas que ponen de manifiesto la verdadera voluntad de todos los actores del Estado en luchar contra el fenómeno social de la corrupción, que parece inherente al ser humano ([http://egap.xunta.es/recursos/pdf/\[1_1399371138\]03.pdf](http://egap.xunta.es/recursos/pdf/[1_1399371138]03.pdf))

Como alternativas en contra de la corrupción la Procuraduría en el texto reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal relaciona las siguientes:

La reducción del gasto público, la austeridad, la eficacia y eficiencia en su gestión, la transparencia de la actividad de todos los poderes públicos en sentido amplio, el buen gobierno, la buena administración de los recursos públicos, el imperio de la ley, el control y vigilancia de todos contra todos suponen deberes para con la ciudadanía. El fomento de una cultura de rechazo a la

corrupción, de legalidad, de salvaguarda de la integridad, de apertura y transparencia, nos debe conducir, sin duda, al mantenimiento y crecimiento del bienestar de la sociedad; dados los efectos nocivos de la corrupción no solo en materia económica, sino también a nivel social y político (Procuraduría, 2013, páginas 259 y 269)

Cabe resaltar lo estipulado por Gallardo Castillo (2011, pág. 165), acerca del principio de transparencia definiéndolo como el:

...corolario inmediato del Estado Democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos y lo segundo, en tanto que permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad.

Además es pertinente traer a colación lo relacionado por el autor Guardián (2010, pág. 78) en su política de gobierno abierto:

El alcance de los grandes principios como son la democracia y el Estado de Derecho siempre tienen que ser reinterpretados a la luz de la realidad actual, y por ello se promueve un desarrollo dinámico y surge entonces la oportunidad de reinventar la forma de gobernar, con una transformación en la cultura administrativa, que conlleva nuevas reglas de acceso a la información, de transparencia y, sobre todo, con base en una nueva ética y un nuevo comportamiento de los empleados públicos, que debe ser trasladado a la contratación pública.

Todas estas ideas de cambio se remontan entonces al siglo pasado, para la década de los noventa y en los países anglosajones; aunque desde 1980 ya habían precedentes en la televisión en donde el primer capítulo de la serie inglesa “Si, Ministro” se titulaba “Open Government” y abordaba a manera de humor desde la perspectiva de la transparencia administrativa y del acceso de la ciudadanía a la información.

Por otra parte, en 1995, Australia se comprometió con el Gobierno Abierto como mecanismo para recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, por medio de la revisión de la Ley de acceso a la información pública de 1982.

Sin embargo, el despegue de esta doctrina política-administrativa se ha producido a partir del famoso “Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto” que el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, promulgó el 21 de enero de 2009, que constituía el compromiso del gobierno de EE. UU. Hacia los ciudadanos para garantizar el acceso a la información, la transparencia, la participación y la colaboración con el fin de fortalecer la democracia, asegurar la confianza ciudadana y promover la eficiencia y eficacia. (Guardián, 2010, pág. 79)

La contratación pública mediante los procesos que se llevan a cabo en las diferentes modalidades, ofrece oportunidades para la corrupción política, presentándose una diversidad de situaciones como el pago de apoyos políticos o el ahorro para el futuro, es decir, para la financiación de campañas electorales; dando pie a una serie de escándalos de corrupción que ponen al descubierto los tipos contractuales más propensos a prácticas corruptas, destacándose sin duda aquellos que mueven un mayor volumen de negocio, como los contratos de obra, de concesión, sector defensa, etc, al ser tan diversos y variados los peligros en la contratación se presentan en cualquier etapa del procedimiento contractual.

Colombia se caracteriza por su abundante expedición de normas y, principalmente, aquellas que regulan la contratación estatal; además de las constantes reformas, el sinnúmero de decretos reglamentarios y los varios pronunciamientos judiciales hacen del manejo de la contratación estatal una actividad dispendiosa, compleja y hasta riesgosa, tanto por los intereses que protege la función pública como por la responsabilidad individual que se deriva para los servidores públicos encargados de ejercerla.

Es así, como se encuentran el entre el derecho disciplinario y la contratación estatal, en efecto, los servidores públicos, quienes están sometidos por vínculo especial denominado relación especial de sujeción, están obligados a cumplir sus deberes funcionales y a no desplegar conductas que signifiquen la incursión en prohibiciones, la extralimitación de funciones, y la incursión en inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses y demás comportamientos que el legislador haya establecido previamente como la realización de faltas disciplinarias. (Procuraduría, 2013, Página 220)

Cuando se comprueba que un funcionario público cometió una falta disciplinaria con culpabilidad, podrá acarrear consecuencias que van desde una simple amonestación en la hoja de vida, una multa, una suspensión y/o inhabilidad especial o hasta la destitución del cargo, acompañada de una inhabilidad, según si se cometió una falta disciplinaria leve, grave o gravísima. (Procuraduría, 2013, Página 222)

A continuación, se relacionan algunas faltas disciplinarias gravísimas inherentes más comunes en la contratación estatal según la Procuraduría General de la Nación en su libro reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal:

- 1.** La falta gravísima contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del Código Disciplinario Único; tiene por objeto incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga. La falta, en consecuencia, se configura por no poder justificar tal variación patrimonial.
- 2.** La falta gravísima contenida en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único; consiste en celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo

completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales. (Sentencia C- 094 de 2003)

3. La falta gravísima contenida en el numeral 30 del artículo 48 del Código Disciplinario Único; se da cuando se interviene en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

4. La falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único; es la de mayor ocurrencia en la administración pública y consiste en participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. (C- 818 de 2005)

5. La falta gravísima contenida en el numeral 32 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se configura cuando se declara la caducidad de un contrato estatal o se da por terminado cuando no se presentan las causales previstas en la ley para ello; el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 exige la presencia de tres elementos condicionantes para su declaración:

- Que haya un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- Que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.
- Que se evidencie que ese incumplimiento y afectación grave del contrato puede conducir a su paralización.

6. La falta gravísima contenida en el numeral 33 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se da cuando se aplica la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

Sobre la urgencia manifiesta, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente (Expediente: 14275 (05229)) La urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia, obviamente resulta entorpecedora porque la solución en estas condiciones puede llegar tardíamente cuando ya se haya producido o agravado el daño

7. La falta gravísima contenida en el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, ésta falta tiene un sujeto activo cualificado. Se trata de un interventor y el comportamiento reprochable se da cuando este no exija la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal o, en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certifica como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

El ejercicio de la contratación estatal es una actividad bastante riesgosa, desde la perspectiva de las responsabilidades que se pueden derivar para los servidores públicos que participan en ella; se evidencia que gran parte de servidores públicos encargados de administrar

los recursos públicos a través de la contratación no tienen una sólida formación y suficiente experiencia en esta materia generando en algunas ocasiones que se inicien procesos contractuales sin tener en cuenta los principios de la contratación, los principios constitucionales, lo reglado dependiendo de la modalidad y lo estipulado en la ley cometiendo serios e irreversibles errores que generan afectación de los principios de la función pública y de la contratación estatal y, en muchos casos, serios perjuicios de orden patrimonial al Estado.

Conclusiones y propuesta

Conclusiones.

La Contratación Estatal es el vehículo mediante el cual un país se orienta al logro del desarrollo económico y social; por este motivo hoy el Contrato Estatal es considerado de gran importancia en la consecución de los fines del estado, que no son otra cosa que la materialización de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y los intereses de los administrados y el cumplimiento de los deberes y obligaciones como contratistas; labor que se desarrolla desde las distintas entidades públicas a partir de las diferentes etapas de la contratación dando aplicación primordialmente a los principios rectores que regulan todo proceso de contratación los cuales se encuentran en la ley 80 del 1993 artículos 24, 26, 26 y 209 de la Constitución Política.

Así, para los entes de control es primordial lo estipulado en la Constitución Política, que señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; que indican que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y de los particulares, con fundamento en los principios de moralidad, probidad, eficacia, idoneidad e imparcialidad, y lo han venido manifestado en diversas resoluciones y comunicados, solicitando se tomen medidas preventivas al respecto.

Mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria (transgredir la ley, apropiarse del patrimonio del Estado, o favorecer a otros, etc.), que suponen un amplio margen de valoración y

apreciación en cabeza del fallador quien analiza cada caso en particular y evalúa el grado de culpabilidad del funcionario y de esa forma realiza el juzgamiento.

Propuesta.

Como propuesta planteamos un cambio en el control interno de las entidades estatales, dejando el paradigma de vivir en función de los entes de control externo; medidas como reforzar el sistema de gestión de calidad, procedimientos de autocontrol en materia de contratación; y así evitar que siempre se tengan que generar planes de mejora a raíz de los hallazgos de un ente de control.

¿Dónde está la política de capacitación permanente del recurso humano? Como entidades estatales deben desarrollar una metodología de aprendizaje y prevención en materia de contratación estatal para fomentar ese autocontrol, a través de una guía que recoja las políticas en la actuación preventiva. También generar sentido de pertenencia a los funcionarios y solidaridad en materia contractual, es decir, trabajo en equipo, teniendo en cuenta que hablamos de componentes económicos, técnicos y jurídicos.

Se debe generar un cambio en los manuales de contratación de las entidades estatales, introduciendo pautas sobre el seguimiento y control de los contratos en todas las etapas, realizar también la actualización del mismo por lo menos anualmente.

Cada entidad estatal debe realizar un análisis de riesgos que se puedan presentar en materia contractual anualmente, por ejemplo, hay riesgos de corrupción, de falta de oportunidad, del manejo presupuestal, hay muchísimos riesgos que se pueden avizorar, pero lo importante no es establecer un mapa con un montón de riesgos, sino cuáles son las medidas para prevenir su ocurrencia, ya que la contratación estatal es un negocio que está en el mercado de bienes, obras y servicios en general, el Estado mueve la economía, por eso todo el mundo quiere contratar con el

Estado, por eso hay carteles de contratación, tenemos que dejar que el mercado regule la actividad, y esto se hace conociendo ese mercado, eso es parte del análisis de los riesgos.

En último lugar las instituciones del estado que ejercen control y vigilancia de la administración de los recursos del estado; así como el control interno de cada entidad pública deben hacer un seguimiento más minucioso del desarrollo de las funciones de los funcionarios que desarrollan actividades en las áreas de contratación, una vez se evidencie actuaciones sin el lleno de los requisitos legales para contratar o acciones con abuso o desviación de poder deberán informar a los entes de control para que éstos impongan la correspondiente sanción; es así como consideramos el endurecer las penas a aquellos funcionarios públicos o particulares que administran recursos públicos sería el mecanismo para la protección de los derechos y recursos públicos.

Enfoque metodológico

El presente trabajo se fundamenta en el paradigma Socio-Crítico, pues trata sobre una problemática de carácter socio-jurídica ligada al manejo que se le da a los contratos estatales en el marco de los principios que los rigen.

El tipo de investigación: Descriptivo-analítico de corte interpretativo, basado en consulta bibliográfica; descriptivo, a través del estado del arte; analítico-interpretativo, por el desarrollo del marco teórico-conceptual y las conclusiones, llegando a la propuesta del problema, que se conecta con la hipótesis formulada.

Presupuesto:

RUBROS	FUENTES		TOTAL
	IE	PERSONAL	
PERSONAL			
EQUIPOS		3.000.000	3.000.000
SOFTWARE		300.000	300.000
SALIDAS DE CAMPO		---	---
MATERIAL BIBLIOGRÁFICO *		5.000.000	5.000.000
SERVICIOS TÉCNICOS		500.000	500.000
TOTAL		8.800.000	8.000.000

Cronograma

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

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.
- Annemarie Piepper (1991). *Ética y moral, una introducción a la filosofía práctica*, Editorial Crítica, Barcelona
- Beetham David (2011). *Defining and measuring democracy*. Editorial Netbiblo, La Coruña,
- Benavides José Luis (2005), *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- Corona Amenta Gabriel (2006). Los poderes federales en la consolidación democrática de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial GERNIKA, Primera Edición, 2006, Página 121
- Effio Augusto y Pajuelo Alexander. *Principios rectores de la contratación pública*, http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m1_a.pdf
- Escobar Gil Rodrigo (1999) *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá, Editorial Legis
- Gallardo María Jesús (2011). *Transparencia, poder público y derecho administrativo*. Editorial Ratio Legis, Salamanca,
- Gamero Eduardo & Fernández Severiano (2011). *Manual Básico de Derecho Administrativo* Editorial Tecnos. Octava Edición.).
- García Eloy. Ineligibilidad política e incompatibilidad parlamentaria. Algunas consideraciones acerca de su significación actual desde la lógica de la representación, *Revista de Ciencias Sociales*, 1994, página 111
- Gómez Lee, Iván Darío. *El Derecho de la contratación pública en Colombia*. Legis. Primera Edición, 2012.
- Gómez Lee, Iván Darío. *Historia y actualidad en nuestra Contratación Pública*. En X Jornadas de Derecho Administrativo. *Incertidumbre en la contratación Estatal*. Benavides Russi,

- José Luis y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (Directores). Universidad Externado de Colombia. 2010
- González Pérez, Jesús. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Quinta edición. Civitas, Thomson-Reuters. 2009.
- Gordillo Agustín (1999. *Tratado de derecho administrativo*. Ediciones Diké.).
- Guardián Carlos (2010). *¿Transparencia? Open government: gobierno abierto*. Editorial Algón Editores.
- Ordóñez Alejandro, Correa Ruth, Zuleta María, Cuellar María, Penning Jean Philippe, Bernal Diana, Gonzalez Jorge Luis, Jiménez Emmanuel, Tatis Hernando, Ortiz José Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal Volumen IV, IEMP ediciones Bogotá, octubre de 2013.
- Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) *Integrity in public procurement, good practice from A to Z*, <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>, página 9
- Penagos Gustavo (2005). *Vía Gubernativa*. Pág. 205. Ediciones Doctrina y Ley
- Penagos Gustavo. *El Acto Administrativo*. Parte General. Ediciones Doctrina y Ley (2008).
- Rodríguez Gloria Amparo. *El Derecho a Gozar de un Medio Ambiente Sano ¿Utopía o Realidad? Controversias Constitucionales*. Editorial de La Universidad del Rosario. (2009).
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2003). *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2009) *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Jaime Orlando(1996). *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Solano Sierra Jairo Enrique (2008). *Práctica Administrativa*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Teoría General del Acto Administrativo(2010). *Incidencia de la Tradición Dogmática del Derecho Público en el Derecho Ambiental*. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* Pág. 344.
- UNOPS Suplemento temático de 2011. *Transparencia y adquisiciones públicas*, , [/www.unops.org/espanol/News/](http://www.unops.org/espanol/News/), 2011, página 1
- Vidal Perdomo Jaime (1980). *Derecho Administrativo*. Biblioteca Banco Popular.

Normatividad.

Constitución Política de Colombia 1991

Ley 472 de 1998

Ley 489 del 29 de diciembre de 1998,

Ley 80 de 1993

Ley 1150 de julio 16 de 2007

Resolución 165-49365-00, Procuraduría General de la Nación Segunda delegada para la contratación Estatal, Fecha Agosto 8 de 2003.

Jurisprudencia.

Corte Constitucional.

Sentencia C-028/06, M.P Humberto Antonio Sierra Porto

Sentencia C-449 de 1992, M.P Alejandro Martínez Caballero

Sentencia SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-708/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C-431/10 M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-826/13 M.P Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia C-154/97 M.P. Hernando Herrera Vergara

Sentencia C- 094 de 2003 M.P Jaime Córdoba Triviño

C- 818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Consejo de Estado.

Radicado 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12) C .P. Eduardo Gómez Aranguren, 20 de Marzo de 2014

Radicado 11001-03-06-000-2011-00064-00 C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, 30 de noviembre de 2011

Radicado 25000-23-26-000-1994-00225-01(16367) C.P. Enrique Gil Botero, 23 de Junio de 2010

Expediente: 14275 (05229), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 27 de abril de 2006