



**UN BINOMIO NO PERFECTO:
TRANSPRENCIA Y LICITACION**

Dra. NOHORA ELENA PARDO POSADA

**UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2017

**UN BINOMIO NO PERFECTO:
TRANSPRENCIA Y LICITACION**

**SANDRA AVILA RODRIGUEZ
SANDRA LILIANA OLARTE ROMERO**

**Directora:
Dra. NOHORA ELENA PARDO POSADA**

**UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.
2017**

Nota de aceptación

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá, D. C., Junio 2017

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Fundador	General Benjamín Herrera
Ideólogo	General Rafael Uribe Uribe
Presidente Nacional	Jorge Orlando Alarcón Niño
Rector Nacional	Fernando D'Janón Rodríguez
Censor Nacional	Ricardo Zopo Méndez
Secretario General	Floro Hermes de San José Gómez Pineda
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano	Carlos Arturo Hernández Díaz
Director Instituto de Postgrados	Néstor Raúl Sánchez Baptista
Director Centro de Investigaciones	John Fitzgerald Martínez V.

AGRADECIMIENTOS

De manera muy especial deseamos agradecer a nuestros padres, hijos y demás familiares, quienes además de brindarnos su apoyo totalmente incondicional en este proceso de formación personal y profesional; nos entregan a diario su cariño, paciencia, comprensión y amor en esta etapa de nuestras vidas.

Agradecemos de manera especial a todas las demás personas, amigos, docentes y a nuestra alma mater, que de una u otra forma nos han expresado toda su colaboración a través de sus funcionarios para el desarrollo y finalización de este gran esfuerzo.

A la Doctora Nohora Elena Pardo Posada, por su valiosa colaboración en la orientación del presente trabajo de grado.

UN BINOMIO NO PERFECTO: TRANSPARENCIA Y LICITACION

CONTENIDO

UN BINOMIO NO PERFECTO: TRANSPARENCIA Y LICITACION	1
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I	14
1. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO	14
1.1. La regla de reconocimiento	19
1.2. La discrecionalidad	20
1.3. La obligación jurídica	21
2. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY .	22
2.1. Análisis jurisprudencial	28
CAPITULO II	33
1. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	33
2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	35
3. NOCION DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	41
4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	43
5. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN COLOMBIA	48
CAPITULO III	54
1. CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA	54
1.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN	56
1.1.1. PRINCIPIO DEL INTERES PÚBLICO	59
1.1.2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD	60
1.1.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD	61
1.1.4. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA BUENA FE	62
1.1.5. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	63
1.1.6. PRINCIPIO DE MORALIDAD	64
2. FORMÁS DE SELECCIÓN	65
3. PLIEGOS DE CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA	68
CAPITULO IV	74
1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – LICITACIÓN PÚBLICA-	74
2. LICITACIÓN PÚBLICA COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	82
3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO RECTOR EN LA LICITACIÓN PÚBLICA	86
4. UN BINOMIO NO PERFECTO: TRANSPARENCIA Y LICITACION	93
5. CORRUPCIÓN Y PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN EN COLOMBIA ...	99

PROPUESTA.....	112
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFIA	118
ANEXO 1.....	123

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco normativo del Estado Social de Derecho Colombiano, consagrado en la constitución política, se consignan de forma predeterminada por el constituyente primario, una serie de criterios axiológicos (principios) destinados a reglamentar de forma genérica todas las actuaciones de los particulares, ciudadanos y en especial los relacionados con la Administración Pública, los cuales permiten regular de forma genérica todos los vacíos legales y constitucionales que puedan presentarse dentro del desarrollo de las relaciones sociales y jurídicas.

En materia de la contratación pública y en relación con los demás principios generales del derecho se resalta el principio de la transparencia, el cual permite no solo la consolidación y protección del ordenamiento jurídico, sino además pretende afianzar los fines esenciales del Estado Social de Derecho Colombiano.

De conformidad a la intención del legislador, éste principio fue establecido con el fin de condensar sintéticamente el conjunto de principios y derechos (propios del Estado Social), los cuales son accesorios a la ejecución del mismo (principio de publicidad, principio de eficacia y económica, principio de objetividad, derecho al debido proceso, derecho a la igualdad, etc.), lo que permitiría afianzar buenas prácticas en la cultura administrativa, conduciendo a un adecuado desarrollo de la función pública a cargo del Estado.

A pesar de la intención del legislador, que buscaba dotar de fines al Estado Social de Derecho para garantizar el desarrollo del principio de transparencia, se ha enfrentado a los fenómenos propios de la cultura e idiosincrasia colombiana, que impide por la falta de cultura administrativa de los servidores públicos, dificulta

la labor encomendada al principio de transparencia, por lo cual el problema de la corrupción pública ha sido un enemigo declarado de dicho principio, este fenómeno ha conducido de forma inesperada a la ejecución inadecuada de los procesos de selección y adjudicación en la contratación administrativa y las transacciones con el Estado.

De esta forma debe analizarse desde una perspectiva realista y moderada la aplicación del principio de transparencia dentro de la contratación pública, por medio de la cual se pueda llegar a conclusiones verificables sobre el impacto de este criterio axiológico dentro de la contratación. Y en consecuencia en esta investigación se planteará, de manera descriptiva, analítica y explicativa, la aplicación del principio de transparencia dentro de la contratación pública, y su constante desarrollo legal dentro del marco normativo colombiano.

En consonancia con lo anterior, la presente investigación tiene como propósito principal determinar la aplicación del principio de transparencia dentro de la contratación estatal en la modalidad de licitación pública, es el instrumento principal para el desarrollo correcto de la función administrativa a cargo del Estado, que se ha visto afectado por los fenómenos de corrupción del Estado y los servidores públicos.

A pesar de las recientes modificaciones dentro del régimen de contratación estatal, estas han sido insuficientes y sin un mayor impacto que permita la supresión del fenómeno de corrupción en Colombia. Por lo cual, con esta investigación se permitirá establecer una serie de reflexiones y propuestas, en torno al desarrollo de una correcta aplicación del principio de transparencia dentro de la contratación y actividad a cargo del Estado.

A la vez, esta investigación tiene como propósito establecer y presentar las críticas y propuestas destinadas al mejoramiento de la función pública en materia

contractual, en especial el de la licitación a través de las cuales se pueda generar una aplicación de los elementos básicos del Estado Social de Derecho, en especial el respeto a los derechos al debido proceso y al derecho de igualdad, los cuales se encuentran vinculados de forma inescindibles al principio de transparencia dentro de la contratación.

De acuerdo con el marco anteriormente planteado, esta investigación se abordará a partir del siguiente interrogante: ¿Cómo se garantiza el principio de transparencia en el procedimiento de la licitación pública?

Este problema así formulado, se sustentara con la hipótesis que puede ser formulada y desarrollada de la siguiente manera a saber: *El principio de transparencia se constituye en la columna vertebral del estatuto contractual, regulado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993; es principal obligación legal que tiene la entidad pública en seleccionar al contratista previo el agotamiento de un proceso de selección objetivo, en el que la regla general la constituye precisamente la licitación pública, como mecanismo que garantiza la igualdad de los concurrentes, no obstante dicho procedimiento se encuentra ligado al cumplimiento irrestricto de la Constitución Política, en sus artículos 13 y 209.*

Con relación al interrogante formulado, este trabajo se plantea como objetivo general: Determinar la incidencia del principio de transparencia en el procedimiento de la licitación pública en Colombia.

Partiendo del objetivo general se planean como objetivos específicos:

- Definir el concepto de transparencia a la luz de la filosofía jurídica.
- Comprender el alcance del principio de transparencia en la contratación estatal.

- Establecer la garantía del principio de transparencia dentro de la modalidad de licitación pública.

En virtud de los objetivos propuestos, tanto generales como específicos y por tratarse de un proyecto de investigación de orden Jurídico-social, donde se busca determinar la aplicación del principio de transparencia en contraposición y como medida contra la corrupción, se utilizará el método inductivo-deductivo, partiendo de observaciones básicas y particulares de carácter jurisprudencial emitidas por las altas Cortes ejemplo: Consejo de Estado y Corte Constitucional; y tratadistas reconocidos de orden nacional e internacional, para identificar aquellos elementos que dieron influencia a la implementación jurídica de estos principios axiológicos dentro de la normatividad contractual vigente, como pilares rectores de la contratación.

Por otra parte, como lo plantea Marcelo Gómez, las fuentes de la investigación requieren de la revisión de quienes con anterioridad han conocido el tema objeto en estudio “En ciertos estudios es necesaria la opinión de sujetos expertos en un tema. Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios...¹”.

De la expresión antes citada se deriva el enfoque investigativo el cual será usado en esta búsqueda, partiendo de la jurisprudencia de las altas Cortes, como sujetos de investigación, buscando como conclusión la obtención de datos descriptivos y analíticos, los cuales serán analizados para determinar la aplicabilidad dentro de los procesos de contratación.

El libro *Metodología explorativa, estrategias y técnicas de investigación social*, es propio de la metodología cualitativa y la búsqueda de los significados sobre esto mencionan que “...se asocia a la epistemología interpretativa (dimensión

¹ Gómez, Marcelo M., Introducción a la metodología de la investigación científica, primera edición. Editorial Brujas, 2006. P. 118.

intersubjetiva), centrada en el sujeto individual y en el descubrimiento del significado, los motivos y las intenciones de su acción". Por lo cual es vital la recolección de material bibliográfico y factico que permita dilucidar de forma plena el mundo jurídico en relación con el mundo real y la aplicación del principio de transparencia.

CAPITULO I

1. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO

El presente capítulo presenta las nociones fundamentales de lo que se entiende por principio en el ordenamiento jurídico. Abordándolo desde la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española, junto con algunas definiciones dadas por los autores más relevantes de la literatura jurídica contemporánea, como por ejemplo Herber Hart, Robert Alexy y Ronald Dworkin, en cuanto a los principios generales del derecho esto se tendrá en cuenta en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido este concepto.

Entre las varias acepciones que se encuentran en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, se observan las siguientes: *“Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia²”*. También puede leerse qué principio es *“Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes³”*. Y por último haciendo referencia a las acepciones que será la que para el desarrollo de la investigación es la que determina que debemos entender como principio: *“Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta⁴”*. En este caso, principio como conector de la acción humana o que determina una conducta determinada.

De las acepciones de la Real Academia de la Lengua Española, se visualizan varios aspectos comunes, el primero de ellos es la idea de que es un

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk> [En línea]

³ Ibid.

⁴ Ibid.

criterio racional o epistémico que da paso al origen del pensamiento o de la acción, desde donde se va a estudiar un problema o tema que está en cuestión o debate. El segundo de ellos hace referencia a la importancia de lo fundamental del pensamiento o de la acción o también la procuración de la construcción de fundamentos para las ciencias o disciplinas que parten de ellos.

Las anteriores precisiones lingüísticas que se dan a la luz del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pese a constituirse en criterio para la definición del concepto de principios, parecen ser muy generales y al mismo tiempo abstractas. Es común observar a diario que a partir de “principios” los jueces, no sólo del País sino en general, dentro de la tradición jurídica son invocados para producir fallos, que comprometen al sistema jurídico más allá de las normas en su adjudicación judicial.

Desde esta perspectiva, el tema de esta investigación es de gran importancia, si se tiene en cuenta que en el caso colombiano las Altas Cortes, especialmente la Corte Constitucional, desde 1991 ha desarrollado una vasta jurisprudencia a partir del uso de los principios consignados constitucionalmente en la aplicación a ciertas normas o reglas jurídicas. Ante este fenómeno nacen grandes incógnitas, por ejemplo: ¿Cuál es la verdadera naturaleza jurídica de los principios? ¿Cómo funcionan los principios en un ordenamiento jurídico colombiano?, ¿A qué aluden los principios al interior de los ordenamientos jurídicos contemporáneos?, ¿Por qué desde la tradición de los sistemas jurídicos positivista, normativistas y formalistas no se exigía la aplicación de principios?, y ¿Por qué o cuáles fueron las razones que el positivismo tuvo para exigir única y exclusivamente para la solución de cada caso concreto, el uso de las normas previstas por el legislador?.

Al respecto, es oportuno y desde ahora, señalar que de los filósofos más importantes de finales del siglo XX y principios del XXI, en abordar el tema de los

principios fue Ronald Dworkin, en sus textos ya clásicos *“El Imperio de la Justicia”* y en de los *“Derechos en Serio”*. En ellos, Dworkin inicia su tesis definiendo ciertos aspectos en común que él considera de relevancia y de lo cual muchos filósofos señalan como de gran importancia en cualquier sistema jurídico de orden positivista, a saber:

“(i) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos⁵”

Dworkin hace hincapié en el hecho que, para el positivismo es necesario que dichas normas jurídicas cumplan con ciertos estándares, que permitan poder identificar las normas jurídicas de las demás normas. Es claro que en cualquier comunidad a la par de que existen normas jurídicas, existen otras reglas de uso común que pese a que son generalizadas estas no son en estricto sentido normas jurídicas o reglas de aplicación. A propósito de lo anterior, uno de los autores que estudia dicho tema, es Hart, quien a partir de lo que él denominó como la *Regla de Reconocimiento*, identifica cual debe ser dicho criterio de identificación. Otro aspecto en común identificado por Dworkin es:

“(ii) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de “derecho”, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la Ley”. Ha de ser decidido por algún otro funcionario, por ejemplo, un juez (...)”⁶.

⁵ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, segunda edición. 1977 P. 65.

⁶ Ibid., p. 66.

La anterior característica tiene gran importancia dentro de la tesis desarrollada por Dworkin, pues a partir de esta se desprende todo el concepto de los principios en derecho, sin embargo, por cuestiones metodológicas será abordada con profundidad en este capítulo más adelante. Por último, el aspecto en común identificado por Dworkin es:

“(iii) Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga (...)”⁷

El tema de principio es tratado por varios autores como Kelsen, Austin o el mismo Hart. En síntesis, se podría pensar que la estructura lógica que tiene una norma jurídica es muy similar a un silogismo y como tal, sólo es aplicable a través del método de adecuación o subsunción normativa, en donde, ante un hecho condicionado se desprende una consecuencia jurídica. Bajo esta lógica cualquier persona a la cual se le puede aplicar cierta norma jurídica, en caso de encontrarse inmerso bajo los supuestos de hecho condicionados en la norma, tendrá como consecuencia que cumplir con la obligación determinada en la norma jurídica; podría pensarse que es un trabajo mecánico de aplicación taxativa.

Dworkin, una vez ha aclarado los anteriores puntos, comienza su crítica al positivismo jurídico en la versión de Hart. Ésta crítica de Dworkin parte abordando uno de los temas que a su criterio es el que más genera recelo entre los juristas, el tema de los llamados casos difíciles. La razón por la cual se aborda este tema es porque en ellos se pone en tela de juicio ciertos estándares jurídicos o reglas de aplicación normativa, pero que operan de forma diferente a las normas propiamente dichas; Dworkin a este planteamiento de aplicación lo extenderá a la de los “principios” del derecho con contenido ético moral.

⁷ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, segunda edición. 1977 P. 66.

A modo de ejemplo, Dworkin cita el caso *Henningsen vs Blooeld Motors, Inc.* del tribunal de New Jersey en 1960, en el caso en cuestión Henningsen compró un vehículo a la empresa Bloomfield Motors, Inc, en el cual se firmó un contrato donde se eximía de responsabilidad a la empresa de cualquier otro costo económico, que no fuera única y exclusivamente el de la reparación de los vehículos. Henningsen tuvo un accidente de tránsito producto de defectos de fábrica del vehículo, demandó argumentando que, al menos en su caso, la empresa automotriz debía ser condenada por otros costes como los gastos médicos; sin embargo, no pudo aportar ninguna regla o norma en la cual pudiese sustentar la responsabilidad de la empresa. El tribunal analizó el caso y concluyó que si bien es cierto existía un contrato plenamente válido donde se eximía de responsabilidad a la empresa automotriz, esta tenía como objeto comercial, la fabricación de vehículos que debido a su importancia y uso en la vida cotidiana y a los posibles accidentes a los que puede dar a lugar, bajo estas condiciones “*el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches*”⁸, condenando de esta forma a la empresa Bloomfield Motors, Inc.

En el caso anterior, se establecen dos conclusiones a saber: (i) la primera es que, pese a que no existía en el caso en concreto ninguna regla o norma que estableciera “*la obligación especial*” que tienen las empresas automotrices, el tribunal aplicó principios al definir su sentencia y en concreto aplicó los siguientes principios; “*la libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne(...) ¿hay algún principio que sea más familiar o este más integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia*”⁹ es decir que dio vigencia a un precepto aún cuando este no estuviese positivizado. y, por otro lado, (ii) que si

⁸ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, segunda edición. 1977 P. 73.

⁹ Ibid., p. 74.

se analiza la misma redacción de “obligación especial” deja muy amplio el concepto de cuales son en realidad dichas obligaciones; es muy diferente la norma que dice “quien exceda el límite de velocidad incurrirá en una multa de...” a que se diga “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación” no se trata entonces de la fórmula ya conocida por la dogmática positivista de “obligación jurídica”.

Hart, no hace una definición directa de los principios, pero sin embargo, profundiza al respecto y toma los postulados que a su criterio ejemplifican la dogmática positivista haciendo un comparativo con los principios, a saber:

1.1. La regla de reconocimiento

Anteriormente, se había precisado que para el positivismo todas las normas tienen ciertas características o elementos para ser consideradas jurídicas, es decir, que la norma proviene de una autoridad competente, el legislador, competencia que es transmitida o transferida a través de la regla de reconocimiento al momento de la aplicación por el operador judicial, quien es el que decide en cada caso que reglas aplicar para resolver el caso concreto.

Dworkin, al respecto plantea entonces la dificultad que existe frente al uso de los principios, pues estos no son promulgados por ningún órgano competente; si se piensa, estos principios obedecen más a usos sociales que se determinan en la costumbre de los pueblos que superan el canon de las normas jurídicas propiamente dichas, por ejemplo, los principios de la dignidad humana, la libertad, de la justicia o de la paz, son postulados o conceptos abstractos predeterminados por las Sociedades de Occidente, producto de los diversos procesos culturales, económicos, políticos y sociales muy distinto a una Ley que es promulgada por un legislador determinado y para un caso determinado, en un tiempo y espacio determinado y para una sociedad predeterminada. No ocurre así para los

principios que tienen un horizonte que supera los sistemas jurídicos y valen universalmente. Es imposible poder establecer un catálogo de los principios, pues éstos, en cierta medida dependen de los casos en concreto en donde se desarrollan y para los cuales se exige la aclaración conceptual en la determinación del caso en el que se aplica por la vía de explicitación. (Ejemplo la teoría del caso difícil de Dworkin, en el que se produce colisión de principios o derechos que deben ser esclarecidos por el juez, a través del uso de otros principios como la ponderación, la proporcionalidad y razonabilidad).

1.2. La discrecionalidad

El positivismo parte de la premisa, que existe un ordenamiento jurídico con un conjunto de reglas preestablecidas y que con base en ellas, el juez debe fallar en cada caso en concreto y debe hacer un trabajo de subsunción de dichas normas; es una obligación darle vigencia a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, más sin embargo, tal y como se observa en el caso de *Henningsen vs Bloomfield Motors, Inc.*, el tribunal decidió darle vigencia no sólo a las normas o reglas de resolución del caso, sino que amplió el marco de la decisión, al hacer uso de los principios que consideraron pertinentes y no a las normas propiamente dichas, que determinan la teoría de los contratos en general.

Dworkin señala que para los positivistas, y respecto a la solución de un caso concreto, hay un lugar amplio para la discrecionalidad con la que cuenta el juez a la hora de fallar en los llamados casos difíciles. Sin embargo, considera que esta explicación es demasiado escueta, pues es difícil poder identificar qué se entiende por discrecionalidad, toda vez, que el juez a la hora de decidir no lo puede hacer de cualquier manera y menos arbitrariamente, lo que es cierto, es que siempre deberá argumentar el uso de los principios y este es ya un principio o un control de racionalidad. Dworkin, considera que existen dos acepciones de discrecionalidad: una suave y una fuerte. La suave, podría entenderse que el juez

cuenta con la discrecionalidad de elegir entre un grupo de normas y aplicarlas a un caso en concreto, estando obligado a elegir entre una de ellas; y, la fuerte, que determina que el juez tiene el poder suficiente para elegir, conforme a su criterio puramente subjetivo y de aplicación normativa, qué le parezca más convincente o conveniente, pero en todo caso deberá justificar o argumentar la decisión judicial porque de lo contrario sería un acto de arbitrariedad que le es prohibida por el sistema, porque produciría su decisión un alto grado de injusticia que socialmente es intolerable.

Según Dworkin, es difícil poder determinar a cuál de las dos anteriores acepciones están sujetos los principios, pues como bien se sabe no existe una paleta de principios en ningún ordenamiento jurídico, más sin embargo, el juez no tiene libertad absoluta para aplicar un principio sobre otro principio, porque para Dworkin todos los principios tienen el mismo valor, pues al hacerlo está obligado a argumentar las razones por las cuales optó por un determinado principio y le dio mayor peso sobre otro, debe tener la certeza que para el caso en concreto debía dársele prevalencia a ese principio en específico.

1.3. La obligación jurídica

El positivismo considera que las normas jurídicas funcionan como un silogismo lógico, donde ante cierto hecho condicionado existe una consecuencia, es por esta razón que se dice que una persona está obligada a hacer cierta cosa, porque así lo dispone la Ley. Dworkin plantea el conflicto que existe con los principios, pues estos al tener una naturaleza amplia y abstracta no se desprenden de ellos una obligación como tal. Su aplicación en cierto sentido dependerá de las condiciones propias de cada caso en concreto y las dificultades que se presenten son distintas en uno u otro caso. Al tiempo que sólo en los casos difíciles se resuelve por vía de principios.

La anterior perspectiva, es presentada por Ronald Dworkin, en cuanto al temor del uso de los principios, pero no es el único autor que ha tratado el tema, otro es Robert Alexy, quien a la luz de lo planteado hasta ahora complementa la teoría propuesta por Dworkin, haciendo una serie de precisiones acerca de los principios como elemento configurador de la norma jurídica.

2. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy, en su teoría de los derechos fundamentales explica minuciosamente los principios como base fundamental del concepto de norma jurídica. Según el autor Alemán, la norma jurídica fundamental o *iusfundamental*, está dividida en dos categorías denominadas reglas y principios, la distinción radica en que los principios son normas jurídicas que contienen un grado de generalidad superior o más alta a comparación de las reglas o normas del derecho propiamente dichas, en donde su generalidad es relativamente inferior a la de los principios; pero la anterior distinción no es suficiente para sustentar la verdadera diferencia que existe entre estos dos tipos de normas, lo que hace necesaria la aplicación de otro método de distinción, en el cual Robert Alexy se basa no solo en una distinción de grado, sino también de carácter cualitativo y a ello responde a la idea de que:

“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas...” a contrario sensu “las

reglas simplemente son “normas jurídicas que pueden ser cumplidas o no”¹⁰.

Se entiende que el grado de aplicación de cada una de las normas jurídicas corresponde a una situación fáctica en concreto y que en muchas ocasiones ocurre una colisión sistemática dentro de las mismas en donde la aplicación de dos normas jurídicas conduce a resultados opuestos entre sí.

Al respecto se analiza que la colisión entre reglas no puede ser solucionada de la misma manera que la colisión entre principios, aunque las dos acepciones se definan bajo el concepto de norma jurídica. En éste sentido para dirimir un conflicto entre reglas se puede optar por dos caminos distintos; en primer lugar, la de una cláusula de excepción a alguna de las reglas en la cual se permita establecer que para cierto caso en específico la regla contradictoria no se aplica. Es innegable cuestionarse que no siempre se puede obrar bajo este mandato, pues, no siempre el conflicto de reglas va a presuponer el hecho fáctico que se pudiese presentar, en todo caso si la cláusula de excepción no pudiera ser aplicada se acaba el conflicto con la invalidez de alguna de las reglas, así:

“Con la constatación de que en caso de un conflicto de reglas tales como *“lex posterior derogat legi priori”* y *“lex specialis derogat legi generali”*, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión es una decisión acerca de la validez¹¹”.

La colisión entre principios, por el contrario no puede ser resuelta de la misma forma que las reglas, ya que no se puede desvirtuar la validez de un principio en particular, ni tampoco se puede hacer uso de la cláusula de

¹⁰ Alexy. Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ediciones Universidad de Navarra. 1969
Capítulo 3. P. 86.

¹¹ Ibid., p. 88.

excepción, por lo que se acude al análisis específico de la situación fáctica, que permitiría la prevalencia de determinado principio de modo específico, pero aplicado al caso en concreto, que se ha de resolver por vía de la aplicación de los principios, de allí, que para resolver este tipo de situaciones en controversia, se creó lo que se denomina la Ley del peso, mediante la cual haciendo uso de un sistema de ponderación de principios se puede dar prevalencia en determinado caso a un principio sobre otro, sin necesidad de que ninguno de los dos se considere dotado de invalidez jurídica.

El sistema de ponderación propuesto trata de establecer “*entre mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*¹²”. De esta comprensión sobre el concepto de la ponderación emerge de ella tres fases en que la primera, trata de establecer en qué medida el principio no se satisface total o parcialmente, la segunda establece el valor de satisfacción del principio contrario y, por último, se busca establecer o más bien esclarecer si la aplicación e importancia del principio contrario se justifica en un mayor grado de racionalidad para determinar la no aplicación del principio en contradicción.

En este sentido, es necesario entonces y según la teoría de la ponderación, el estudio de la realidad fáctica en concreto porque no se puede suponer que siempre un principio va a sopesar a otro en distintos escenarios. Los principios en sí son catalogados por el autor como valores, no existe una forma en la que se enlisten principios de mayor relevancia jurídica que otros, las posibilidades fácticas en todo caso serán distintas y permitirán que en cada ordenamiento jurídico, según la situación socio-jurídica aplicable, se entiendan de manera indiscriminada un sin número de principios. Al respecto el Abraham Bechara, anota:

¹² https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf

“...los principios y sus colisiones como colisiones de valores. Asemejando los unos a los otros y estando en la imposibilidad de establecer un orden jerárquico de valores, estaríamos enfrentándonos a un dilema al no poder determinar un orden de principios, pues la Constitución no nos dice de manera expresa qué principio que lleve inmerso un derecho fundamental debe anteceder al otro. La razón filosófica fundamental es que el orden jurídico se construye como un sistema integrado de normas, reglas, valores, principios, directrices, precedentes. Y tratándose de derechos fundamentales no son excluyentes entre sí por sí solos, sino que el caso o la aplicabilidad concreta es la que determinará cuál debe prevalecer, y es por eso que justificamos la ponderación en la misión del Estado democrático constitucional¹³”.

Así, la ponderación de principios se basa en la argumentación jurídica que se obtenga en cada caso y aunque Robert Alexy en su teoría, no busca la plena discrecionalidad del juez en cada caso en concreto, pues se busca un precedente dentro de los mismos tribunales, se establece a los principios como mecanismos orientadores de la sociedad y que deben ser respetados como tal.

La teoría de principios propuesta por Robert Alexy, no muestra con claridad la definición de los mismos en un contexto constitucional, ni la plena identificación de los mismos por las razones anteriormente expuestas, pero se sustenta como un avance del constitucionalismo moderno y del iusnaturalismo, proponiendo un sistema de valores dentro del derecho que genera una mayor aproximación a una justicia real. Los principios deben ser lineamientos que condicionen la actuación judicial y en momento de conflicto se debe revisar tanto el ordenamiento jurídico como la situación fáctica en conflicto que le permita al respectivo juez o tribunal

¹³ Bechara, Abraham, Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy, En saber, ciencia y libertad ISSN: 1794-7154, P. 67.

darle plena aplicación a cada uno de los valores y principios que a su vez tienen un estatus de rango constitucional prevalente sobre las reglas del sistema jurídico.

Desde esta perspectiva, los principios del derecho emergen como una respuesta para ampliar la visión jurídica del positivismo, por considerar que ésta teoría no ahondaba en la totalidad de las situaciones que se presentaban en el ordenamiento jurídico y que no se podían resolver única y exclusivamente con el uso de las reglas abstractas y generales. Así, y desde la teoría de Ronald Dworkin, quien plantea que los principios son presentados en el sistema jurídico como facultades que poseen los jueces, que les permite encontrar respuestas correctas a cualquier caso, fundamentándose en cada caso con el uso de principios para ajustar el derecho siempre en procura de hacer de la justicia la razón de ser del actuar judicial.

Sobre este aspecto de Dworkin, Alexy le crítica resaltando que el autor norteamericano no reconoce los principios dentro del marco de los derechos, tanto los de carácter individual como el de los colectivos, sino que sólo reconoce los derechos de cuño liberal y por lo tanto a los individuales, lo que en últimas reduce el campo de aplicación de los principios solo a los casos en concreto o a la situación fáctica que se pudiese presentar a nivel de colisión entre derechos de corte individual. Se puede entender la teoría presentada por Ronald Dworkin, como la base de la teoría iusnaturalista del derecho y partiendo de ella se centran diferentes tipos de teorías que buscan analizar los principios y la colisión entre los mismos en un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, Robert Alexy, ahonda de una manera más profunda la colisión de principios y a diferencia de Dworkin, establece un sistema de ponderación o de pesos para concretar el valor específico en cada caso a resolver, considera que partiendo de la situación fáctica se le puede dar prevalencia a un principio, afectando a otro, disminuyendo su valor o peso. Esta concepción del derecho o

teoría jurídica en Alexy, exige que debe ir acompañada de una carga de argumentación racional que le permita al juez en todo caso concreto y si es un caso difícil, encontrar una solución que permita sopesar los principios, afectando en la menor medida posible los derechos fundamentales que se encontrasen en colisión.

Teniendo en cuenta la teoría propuesta por Dworkin, los principios como tal no son considerados normas o reglas como lo prevé Alexy, si no que estos son generalidades del derecho, dentro de las cuales se fijan lineamientos en el ordenamiento jurídico, diferenciándose con las normas en el sentido de que estas actúan como una disyuntiva de aplicación, es decir, tienen una consecuencia jurídica a priori o determinada para cada caso concreto, por cuanto, las normas jurídicas del sistema, se aplica *in toto* o nada, mientras que los principios son una respuesta a condicionamientos ético morales de optimización racional en términos de justicia o equidad para todos los miembros de una sociedad y que no necesariamente se le atribuye una consecuencia jurídica inmediata. Por el contrario, Robert Alexy fija una posición más concreta en el entendido que los principios hacen parte de las normas jurídicas y se muestran como mandatos de optimización que están presentes en el ordenamiento jurídico ya sea de una forma escrita o no.

Robert Alexy, establece que la diferenciación que se debe hacer de los principios, es respecto a las reglas de aplicación jurídica al caso concreto que se debate, más no con respecto a las normas en general, ya que los principios son considerados parte de las normas a las cuales se les puede atribuir siempre una consecuencia jurídica. Ahora bien, lo que es cierto entre Dworkin y Alexy y en lo que estarían de acuerdo, es en el carácter no taxativo de los principios, ya que estos responden a lineamientos facticos, sociales, filosóficos, éticos y políticos de los Estados, sobre todo los regímenes constitucionales.

Por otra parte, la discrecionalidad de los jueces juega un papel fundamental a la hora de determinar la solución del caso concreto y máxime si es difícil, la aplicación de principios y las colisiones que se puedan presentar entre ellos, partiendo del entendido, de que no se buscaría en sí, que en todos los casos difíciles el juez acuda a ésta facultad que se le otorga, sino que en el caso de Alexy, acuda a las reglas que parten de los principios, o reglas impuestas luego de una justa Ley del peso o ponderación que tenga como resultado la subsunción en una regla previo el uso de la argumentación realizada por el operador judicial.

Si se observa, las anteriores apreciaciones, no sirven para dilucidar en qué consiste una teoría de los principios a la luz de estos dos filósofos jurídicos, si bien es cierto, ambos autores sustentan sus teorías bajo una posición iusnaturalista abordando el concepto de principios, ninguno lo hace de manera directa.

Ahora lo que se pretendería, es qué con base en las aproximaciones teóricas hechas por los dos autores, se indague dentro del marco jurisprudencial colombiano, como ha sido la aplicación de estos conceptos en el ordenamiento jurídico por parte de nuestros jueces y magistrados, si es que se les ha dado vigencia y relevancia jurídica a los mismos y en qué grado han sido desarrollados.

2.1. Análisis jurisprudencial

A continuación, se analizan algunos pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, en lo referente a la teoría de los principios, para de esta forma poder identificar cual es el criterio jurisprudencial actualmente aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano. Para desarrollar el siguiente trabajo se acudió a la tesis propuesta por el autor Diego Eduardo López Medina, quien a través de su texto el derecho de los jueces, orienta el análisis que se debe realizar a la jurisprudencia en general y en particular a la nuestra.

Cabe aclarar que debido a la generalidad del tema que está siendo abordado en el presente trabajo, difícil es poder desarrollar una línea jurisprudencial propiamente dicha, puesto que lo que se pretende es tener una noción general del criterio asumido por la Corte Constitucional. A propósito de lo anterior, Diego Eduardo López Medina afirma que:

“el conceptualismo aún dominante en el análisis jurisprudencial se inclina a creer que los problemas constitucionales están situados al nivel de los derechos abstractos (...) Estos conceptos, sin embargo, son excesivamente generales como para encabezar adecuadamente líneas jurisprudenciales inteligibles¹⁴”.

Esta precisión no significa que no se pueda desarrollar un análisis de conceptos generales en derecho a través del análisis de la jurisprudencia, lo que ocurre, es que para poder desarrollar una debida línea jurisprudencial, se debe abordar en específico la aplicación del principio de acuerdo a un patrón factico más o menos similar.

Con base en todo lo anterior, se seleccionaron ciertas jurisprudencias que han tratado el tema de los principios desde dos ópticas que resultan relevantes para el estudio que se está desarrollando, sobre todo, aportando a las teorías propuestas por los teóricos arriba relacionados, Ronald Dworkin y Robert Alexy, a saber: (i) cuál debe ser la aplicación de los principios en el ordenamiento jurídico colombiano y (ii) cuál es el papel que asumen los principios en derecho, en el uso del test de proporcionalidad y racionalidad que la Corte ha usado en reiteradas ocasiones. Ver Anexo 1

¹⁴ López Medina, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, décimo quinta reimpresión, febrero 2016 Pág. 147

Por supuesto, partiendo del análisis de algunas sentencias o pronunciamientos de la Corte Constitucional (anexo 1), se constata claramente que desde su creación ha elaborado una visión y emitido conceptos acerca de los principios que orientan el derecho y la aplicación de los mismos, para la solución de casos en los cuales la normatividad existente resulta ser escasa, insuficiente o contradictoria; la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos se ha referido a los principios y en mayor medida los que rigen la materia del derecho civil, estableciendo los principios como un sistema de interpretación normativa y una fuente subsidiaria del derecho, cuando se presentan fenómenos como la antinomia y vacíos normativos que hacen inoperante la normatividad existente y se busca suplir ese vacío para solucionar la situación fáctica que se presente.

La evolución jurídica que se dio desde la expedición de la constitución de 1991, y con ella la creación de la Corte Constitucional como órgano de interpretación y protección de la Carta constitucional, fue de suma importancia con respecto a la transición que se dio a un Estado de Derecho Constitucional, en el cual, los principios y valores adquieren un nuevo significado y peso dentro del ordenamiento jurídico. Se entiende pues que los principios pasan de ser elementos auxiliares o simplemente morales del derecho, a ser normas o clausulas rectoras que revisten el máximo grado de legitimidad y optimizan el derecho constitucional, basado en las condiciones éticas, políticas y sociales, por ende, pueden ser usadas como elemento decisorio de controversias jurídicas sin necesidad de acudir a un catálogo normativo.

La sentencia T 409 de 1992 se enmarca como una *Sentencia Hito*, en materia de principios constitucionales por considerarse que éstos hacen parte fundante del Estado de derecho y que resultan ser necesarios para los jueces en la aplicación del derecho. Al respecto se establece que: *“Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena*

parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta". En la misma sentencia se resalta la obligatoriedad de los principios basados en la interpretación del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia y del cual ningún juez puede desconocer los principios fundamentales de rango constitucional.

Así mismo, la sentencia T-109 del 2000 aborda el principio de eficacia en la administración pública estableciendo que los funcionarios públicos no pueden tomar dichas disposiciones como simples "muletillas retóricas" si no que por el contrario es deber suyo en búsqueda de encontrar la equidad social darle aplicación inmediata a los principios reglas y valores en el ordenamiento jurídico. En un ámbito de aplicación la sentencia T-1211 de 2005 reconoce la obligatoriedad de los principios en cuanto a la discrepancia de uno de ellos con una regla. En ella establece que los principios en ningún caso pueden ser desconocidos ya que hacen parte del axioma constitucional y sin ellos varía el sentido o el espíritu originario del constituyente primario.

La Corte Constitucional en numerosos pronunciamientos ha desarrollado la conceptualización para la aplicación de principios, y en consecuencia hace uso de los mismos, cuando se trate de ejercer control de constitucionalidad, interpretación constitucional, violación y colisión entre de derechos fundamentales, en este último caso hace uso de juicios de razonabilidad y aplica el test de proporcionalidad como lo anota el teórico Robert Alexy, significando con ello, que la Corte asume teóricamente los desarrollos alcanzados por los iusfilósofos estudiados en este trabajo.

Ahora bien, otro de los temas discutidos por la Corte Constitucional, es el referido al de la colisión entre principios, resulta ser uno de los mayores problemas a los que se enfrenta el juez constitucional, toda vez que estos no pueden ser

eliminados del ordenamiento jurídico ni se aplican *in toto o nada*, sino que exige que mediante un juicio de razonabilidad se determine la efectiva aplicación de un principio específico y el otro deberá ceder, teniendo en cuenta la situación fáctica que se esté tratando. Al respecto la Corte en numerosas sentencias, entre ellas la C- 022 de 1996, C-309 de 1997 y C 098 del 2003, señala con amplitud la aplicación de un juicio de razonabilidad para poder dirimir los conflictos entre principios y la primacía de los mismos con respecto a las reglas.

Por último, la sentencia C-098 del 2003, ratifica en cuanto a los principios que estos deben ser aplicados por el operador judicial en la mayor medida de lo posible, en caso de que se opte por establecer un límite a la libertad (entendida como un principio) éste límite debe estar debidamente sustentado en un test de razonabilidad y proporcionalidad, que nos permite identificar que éste es justificable para el fin que se persigue.

En conclusión, se observa que la Corte Constitucional ha determinado la primacía de los principios, entendidos estos teleológicamente, como orientadores del sistema jurídico en su integridad, considerando estos como mandatos de optimización de aplicación inmediata y prevalente. Se hace necesario para la Corte el estudio de los juicios de razonabilidad y ponderación para dirimir los posibles conflictos entre principios; en este entendido la Corte Constitucional avala la teoría de Dworkin y Robert Alexy, acerca del sistema de Derechos tanto individuales como los sociales y culturales, en la aplicación prevalente de los principios en el ordenamiento jurídico.

CAPITULO II

1. EL PRINCIPIO DE TRASPARENCIA

Dentro de la contratación estatal, existen una serie de principios rectores, los cuales tienen como fin el desarrollo integral de cada uno de los proyectos de la administración pública, encaminados a la protección del interés de la población. Estos principios, en términos de Robert Alexy, “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes¹⁵”.

Los principios son concebidos dentro del ordenamiento jurídico nacional como un conjunto de valores, los cuales gozan de aplicación jurídica directa, estos deben ser entendidos como enunciados de carácter normativo, tienen un contenido material, el cual debe ser aplicado de forma inmediata dentro de cualquier actuación de la administración.

Es así que, en el caso colombiano, estos irradian todo el ordenamiento jurídico colombiano, de manera eficaz, regulando todas las actuaciones de la administración.

En el caso particular del principio de transparencia, es un principio de carácter general, el cual fue concebido como enunciado normativo de carácter regulador dentro de la contratación estatal, con el fin de garantizar los fines esenciales del Estado Social de Derecho (modelo de Estado elegido por el constituyente en 1991).

¹⁵ Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Este principio tiene su sustento en combatir y evitar en la mayor medida de lo posible la corrupción dentro de la función pública, y de esta forma garantizar claridad dentro de la ejecución de los contratos estatales.

En términos del doctor Palacio Hincapié:

“Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas¹⁶”.

Siendo uno de los principios base de la contratación estatal, y como criterio de esta tesis con él se sustenta, solidifica y se consolida el Estado Social, en Colombia. El principio de la transparencia, se consolida, además, en una sucesión de principios de orden constitucional, como la igualdad, y la equidad, así como el de buena fe por parte de la administración, por lo cual el desconocimiento del mismo implica la de valoración y la ruptura de los cimientos establecidos en la constitución de 1991. Este principio debe ser entendido como la base de la contratación pública. El doctor Palacio alude sobre este principio así:

“en este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad, y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición

¹⁶Palacio Hincapié, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014, P. 61.

de motivos de la Ley, que debe existir “aun en los casos de contratación directa o urgencia¹⁷”.

Para ahondar más en dicho principio sustento de la contratación estatal, es menester hablar sobre el origen del mismo en el sistema colombiano.

2. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

A lo largo de la historia colombiana, han existido varias normas encargadas de regular la contratación estatal, siendo de vital importancia para el desarrollo de las políticas públicas, además de la ejecución de la función pública. Pero en el desarrollo legislativo colombiano, siempre ha existido cierto escepticismo en torno al carácter jurídico de los principios, su obligatoriedad o su simple ejecución. Es menester separar dos (2) momentos jurídicos dentro del ámbito de la contratación estatal: un primer momento que tiene su final, con la asamblea constituyente – donde imperaba un modelo de Estado de Derecho sujeto al positivismo legal- y, un segundo momento, posterior a la promulgación de la constitución del 1991, –la cual dio origen a la aplicación del Estado Social de Derecho-, momento a partir del cual los principios jurídicos toman un nuevo alcance jurídico de aplicación y obligatoriedad.

¹⁷Palacio Hincapié, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014, P. 61.



Elaboración propia

Es menester mencionar que dichos momentos fácticos discrepan en gran medida de su forma de analizar, aplicar e interpretar el derecho. Como es sabido el Estado de Derecho es un tipo de Estado positivista, el cual se consolidó con la constitución de 1886 (primer momento histórico), donde la primacía es la norma, la cual es la única que goza de aplicación inmediata, inclusive este modelo de Estado, relega la Constitución a un segundo plano, y con esto los principios, los cuales se transforman en simples figuras de retórica jurídica, pero sin una aplicación o contenido material, y sin un fundamento jurídico. Por otra parte el Estado Social de Derecho, modelo de Estado escogido por el poder constituyente (segundo momento), da primacía a la constitución y con esto se fortalecen los principios, los cuales dejan de estar únicamente en el mundo axiológico, para pasar al mundo material, dejan de carecer de obligatoriedad jurídica, a ser de aplicación y uso obligatorio, otorgándoles contenido material y fuerza vinculante.

A partir de aquí se desarrolla una serie de normas encaminadas a regular la función estatal, además de proferir normas jurídicas encaminadas a la reglamentación en materia contractual, con el fin de garantizar un sustento normativo aplicable para la materia. Es así como se expide el Decreto extraordinario 150 de 1976, en la cual se despliega en gran medida la normatividad encaminada en la contratación estatal. Es clave mencionar que

dentro de este Decreto, jamás se hace alusión la palabra principios, por tanto es claro que para dicho momento jurídico estos no eran relevantes. En ese orden de ideas, el principio de transparencia no tenía cabida, por lo cual la celebración de los contratos estatales, solo se fundamentaba en la normatividad vigente, por lo que la transparencia, dentro de los procesos de selección, se garantiza únicamente por medio de la legislación vigente.

De esta forma queda claro que la transparencia en los procesos de selección de contratistas, inclusive dentro de todo el proceso de contratación, era efímero toda vez que esta no era considerada como relevante, por lo cual carecía de un enunciado normativo contentivo del mismo. Como bien se dijo con anterioridad en este momento histórico, la aplicación de los principios era poca o nula, y en menor medida si el principio no se encontraba positivizado en una norma.

Posterior a dicho Decreto, el Estado colombiano decidió generar una nueva normatividad con mayor especificación y de mejor contenido jurídico para regular la contratación estatal, por lo que se profirió el Decreto 222 de 1983, por medio del cual se regula la actividad contractual del Estado. Al igual que en el Decreto que le precedía en vigencia, esta normatividad no acude a los principios como sustento jurídico normativo. La carencia de los mismos, permite dilucidar la ausencia de un sistema axiológico, que permitiera garantizar la transparencia y la igualdad dentro de la contratación estatal.

Es evidente la ausencia total de principios dentro de la contratación estatal previa a la constitución de 1991, y con ello la ausencia del principio de transparencia dentro de la contratación estatal.

Con la promulgación de la constitución de 1991, la visión del derecho como simples contenidos normativos es relegada por una mirada diferente del derecho,

en el cual hacen presencia contenidos de carácter axiológico, tales como los principios y los valores, los cuales cobran relevancia jurídica, así misma aplicación directa en todas las actuaciones del Estado. De esta forma dentro de la Constitución Política se introducen una serie de principios, los cuales son de obligatorio cumplimiento por estar inmersos dentro de la constitución (teoría de supremacía de la constitución).

En este orden de ideas, el constituyente lejos de la postura legalista clásica positivista, introduce dentro de la constitución contenidos axiológicos como principios y valores, no solo generales, sino asimismo, a diferencia de las normas citadas anteriormente, principios aplicables de manera expresa para la contratación estatal, tales como la igualdad y la transparencia.

De otra parte con el desarrollo y la implementación de un modelo de Estado con primacía de los principios y de la Constitución, era evidente que el sistema normativo de la contratación estatal era contrario a los fines consagrados en la carta política, por lo que se genera una nueva normatividad en materia de contratación estatal, enfocada en temas de lucha contra la corrupción estatal, también con gran contenido axiológico. Así se promulga la Ley 80 de 1993.

Por medio de esta Ley se consolida la nueva visión del derecho, en la cual se consagran una serie de principios encomendados de garantizar los fines esenciales del Estado Social de Derecho. Con ello propender por la transparencia, la igualdad, la eficiencia y la economía. En esta normatividad el principio de transparencia se condensó dentro de una Ley de forma explícita.

Este principio se forjó de forma manifiesta por primera vez, dentro de la Ley 80 de 1993, una normatividad donde se condensaron las Leyes aplicables a la contratación estatal. Dentro de la misma Ley se introdujeron una serie de principios aplicables a la contratación pública. Esto con el fin de generar un mejor

uso de los mecanismos de contratación, además de garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, como ya se mencionó.

El principio de transparencia se encuentra estipulado en el artículo 24 de la norma antes aludida y a pesar de no tener una definición concreta, en dicha Ley si se establece como se materializa dicho principio. Este principio de acuerdo a esta normatividad, debe ser ejecutado en los procesos de escogencia de los contratistas (numeral 1), a través de la actuación pública de los funcionarios que ejercen competencias y funciones en materia de contratación (numeral 3), al hacer públicos los expedientes de contratación (numeral 3), al realizar los pliegos de condiciones (numeral 5), al entregar copias de las actuaciones y propuestas recibidas a los interesados (numeral 4), al dar publicidad de las actuaciones en los procesos de contratación (numeral 2), al establecer espacios para el debate de los informes, conceptos y decisiones (numeral 2), generar publicidad en la apertura de los pliegos de condiciones (numeral 6) y al hacer públicas todas las actuaciones realizadas en virtud de la contratación estatal.

A pesar de los intentos de consolidar el principio de transparencia dentro de la contratación estatal, este siempre se vio vulnerado de manera flagrante por los problemas de corrupción que tanto aqueja al Estado Colombiano. Y con el fin de garantizar una mayor transparencia dentro de las actuaciones del Estado que este tuvo que ser establecido dentro de una normatividad, único para el mismo. Esto por medio de la Ley 1712 del 2014 *“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”*.

En esta disposición se genera una definición dentro de su artículo 3 la cual menciona:

“Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta Ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la Ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley¹⁸”.

Lejos el legislador de dejar con el mismo contenido material dentro de una simple norma, le otorga carácter constitucional por medio del acto legislativo 02 del 2015, en el cual lo introduce dentro de la constitución otorgándole de esta forma mayor solidez y peso jurídico, al principio de transparencia. Del mismo modo y con posterioridad a dicha reforma constitucional, el artículo 126 estableció el principio de transparencia dentro de la contratación, a pesar de ser únicamente para la elección de servidores públicos en concurso de merito para carrera administrativa. De esta forma el artículo 126 menciona:

“Artículo 126: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

¹⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 1712 del 6 de marzo 2014. Diario oficial. Bogotá, Colombia. 2014.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la Ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la Ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección...¹⁹

De esta forma se resume la historia del principio de transparencia dentro de la normatividad colombiana, no solo en materia de contratación estatal. Es clara la intención del legislador de otorgarle a este principio cada vez más relevancia esto con el fin de combatir el fenómeno de la corrupción dentro del Estado colombiano, el cual es uno de los problemas más graves que posee el Estado, por lo que cualquier medida encaminada a erradicar este fenómeno es vital.

3. NOCION DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Para realizar una definición precisa en torno al principio de transparencia es menester en primera medida acudir al significado gramatical del término transparencia. Del diccionario de la real academia de la lengua española, esta es una cualidad de transparencia. En el orden jurídico dicha cualidad busca general claridad respecto de las actuaciones de las personas, pero para el caso particular de este trabajo, de la administración. Dicha definición gramatical del término, permite concluir que todas las actuaciones de la administración deben ser transparentes, claras y sin tachas de corrupción.

¹⁹ Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá Colombia. Acto legislativo 02 del 2015.

Este es sin lugar a dudas uno de los principios más importantes dentro de las actuaciones de la administración pública y sin duda alguna, es el principio rector de la contratación estatal, toda vez que por medio de este no solo se consolida el Estado Social en Colombia, sino además es el mejor mecanismo de protección de los derechos de los ciudadanos. Es por esto que: *“Desde la contratación estatal, este principio se entiende como el pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso, con el compromiso de no soborno, con el fin de obtener o retener un contrato u otra ventaja impropia, incluyendo la colusión y el interés de propiciar la selección objetiva dentro de las instancias del proceso de contratación²⁰”*.

De esta forma la aplicación de este principio es en primera medida, un mecanismo de protección contra la corrupción de las entidades de orden público, y en segunda medida, un elemento propio de las actuaciones estatales. A través de este se *“propende por la transparencia de toda la actividad contractual del Estado y por ende salvaguarda el accionar de la administración con total imparcialidad contrario a las consideraciones subjetivas y caprichosas²¹”*. Para el caso colombiano, por medio de este principio se garantiza la legalidad de las actuaciones públicas de los funcionarios y de las entidades.

En términos del doctor Benavidez con este principio se busca, *“la garantía de una acción administrativa imparcial, alejada de todo favoritismo. Las diversas manifestaciones de este principio se concentran en los procedimientos de selección de los contratistas y en la publicidad de la actividad contractual²²”*.

²⁰ Bejarano, Roncancio Jhon. Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. capítulo 2 antecedentes y principios de la contratación pública. Universidad Nacional de Colombia 2009. P. 58. (en línea) <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>.

²¹ Rodríguez Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014, P. 71.

²² Benavidez, José Luis, contratación estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado De Colombia. Bogotá-Colombia. P. 76.

Este principio goza de un gran espectro toda vez que con la consolidación y aplicación del mismo de manera implícita se ejecutan y cumplen, otros principios que se derivan del mismo. La aplicación del principio de transparencia en la contratación estatal, trae consigo la consolidación de principios abyectos al mismo, tales como el principio a la igualdad, toda vez que al ser transparente las decisiones y las selecciones que se tomen, todos los contratistas tienen las mismas oportunidades, sumado a esto la selección del contratista, pasa a ser de carácter objetivo, toda vez que solo se analiza la oferta, no al oferente. El doctor Bejarano haciendo alusión a la aplicación del principio de transparencia, menciona que *“Junto a este principio se destacan otros implícitos como la selección objetiva y la publicidad, mecanismos para el fortalecimiento de este principio²³”*. Se debe entender de esta forma el principio de transparencia como uno de carácter general o macro, toda vez que el uso del mismo, implica implícitamente la aplicación de una serie de principios los cuales se relacionan con el mismo.

4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El principio de transparencia surge dentro de la legislación nacional, como respuesta a a situación fáctica que acontecía en la contratación pública nacional. Se pretende encaminar, como orientador de todas las políticas públicas, pero más que nada como pilar fundamental de la actividad contractual del Estado. Al introducir una serie de principios dentro de la contratación pública, se pretende modificar, la clásica postura normativa dentro de derecho público, y de esta forma generar una serie de fundamentos y marcos, dentro de los cuales pueda desarrollarse una adecuada contratación.

²³ Bejarano, Roncancio Jhon. Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. Capítulo 2 Antecedentes y Principios de la Contratación Pública. Universidad Nacional de Colombia 2009. P. 59. (en línea)
<http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>.

El Estado colombiano el cual se encuentra impregnado por la corrupción, en busca de una reforma integral para dar mayor transparencia en sus actuaciones contractuales, introdujo una serie de elementos y criterios, encaminados a proteger el interés general, sobre el interés particular, generando de esta forma una mejoría sustancial en los procesos de selección de la contratación. En este marco normativo se introdujo el principio de transparencia.

Pero este no debe ser entendido de una forma secular; por el contrario, la normatividad le otorga a este principio un amplio espectro y una serie de elementos, los cuales deben ser cumplidos y aplicados de forma unánime e imparcial para que se consolide de forma plena el principio de transparencia.

Es claro que el principio de transparencia se materializa por medio de la selección objetiva de contratista, pero es necesario generar elementos y procedimientos, que permitan que dicha objetividad se consoliden (pliegos de condiciones imparciales y reales). En ese orden de ideas, deben generarse mecanismos idóneos que permitan la ejecución con transparencia de los procesos de selección.

Es necesario determinar cuáles elementos componen el principio de transparencia. Para el doctor Rico Puerta este principio tiene 4 elementos los cuales describe de la siguiente forma:

“La Ley 80 sustenta el Principio de Transparencia sobre cuatro aspectos esenciales:

- I) Procedimientos de selección;
- II) Publicidad de las actuaciones negóciales;
- III) Objetividad, licitud y proporcionalidad de los pliegos de condiciones;

IV) Motivación de los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella²⁴.

Estos 4 elementos anteriormente enunciados, permiten que el principio de transparencia se materialice de forma concreta. Al determinar un procedimiento de selección único y claro, se elimina la arbitrariedad del funcionario encargado de la contratación, toda vez que se genera un único proceso, el cual debe ser aplicado paso a paso, en seguimiento de lo establecido en la norma, generando de esta forma un pequeño margen de acción para la manipulación del proceso de selección en beneficio propio. Al aplicarse publicidad a las actuaciones, se materializa la transparencia hacia los terceros ajenos a la contratación, toda vez que se da a conocer al público en general, cómo se desarrolló el proceso contractual, y cuáles fueron los motivos por los cuales se generó el contrato y por qué se eligió al contratista. Por otra parte, al otorgarle objetividad y licitud al pliego de condiciones, se permite que cualquier persona pueda ofertar en igualdad de condiciones a las demandas de la administración pública permitiendo de esta forma el libre y transparente acceso a los beneficios de la contratación pública. Por último, por medio de la motivación de los actos administrativos, se permite conocer los reales motivos por los cuales se contrató determinado bien o servicio.

Siendo el principio de transparencia la columna vertebral de la contratación pública moderna, por lo cual es común que por medio de la misma se materialicen otros principios e incluso se respeten los derechos de los ciudadanos, *“En la transparencia confluyen otros principios tales como la imparcialidad, la igualdad, la moralidad y la publicidad²⁵”*.

²⁴ Rico Puerta, Luis Alfonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Novena Edición. Editorial Leyer, Bogotá, D. C. – Colombia, 2015, P. 303

²⁵ Rodríguez Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014, P. 71.

El Doctor Aristizábal, hablando sobre la materialización del principio de transparencia manifiesta la importancia de darle publicidad al proceso de contratación, además de la importancia de la objetividad en la actividad contractual, elementos que permiten consolidar la transparencia, igualmente se que menciona:

“La actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por parte de los funcionarios como de los ciudadanos interesados en la contratación²⁶”.

La transparencia posee una serie de elementos que permiten su adecuada aplicación, por lo cual las ausencias de estos elementos permiten inferir que la actividad contractual no se realizó de forma transparente. Por tanto, contiene como elementos de la transparencia los siguientes:

- a) *Publicidad*: la cual permite dar a conocer a terceros las demandas de la administración pública o hacer públicas las actuaciones que se desarrollan dentro de la contratación. Esta se materializa a través del pliego de condiciones y la publicación de los actos administrativos que se ejecutan dentro de la contratación, publicado en la página web de la entidad o en Colombia compra eficiente²⁷.

Otra forma en la cual se aplica el principio de transparencia dentro de la contratación pública, es por medio de la publicidad de las actuaciones contractuales, pero más que la simple publicidad, la manifestación motivada por parte del funcionario, puesto que *“Este principio también determina que*

²⁶ Aristizábal, Gabriel. Derecho administrativo y contratación estatal. Cuarta edición. librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014, P. 142.

²⁷ <https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente>

*las Entidades están en la obligación de motivar los actos administrativos de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso*²⁸. Esta motivación va encaminada, a la protección de los intereses de la sociedad, toda vez que la motivación de las actuaciones no está sometida al arbitrio del funcionario, por el contrario, esta debe estar sustentada bajo preceptos normativos claros y precisos.

Como se anunció de forma previa, es necesario la publicidad dentro de las actividad administrativa contractual, dicha publicidad consolida el principio de transparencia, ya que esta permite conocer las actuaciones de la administración, al igual que controvertirlas. La Doctora Rosero hablando sobre la publicidad alude que esta. *“Incluye, además, la obligatoriedad, no sólo de tomar decisiones motivadas sino también, el deber de publicarlas con el fin de que interesados en la contratación tengan la oportunidad de conocerlas y controvertirlas*²⁹”.

- b) *Objetividad*: este elemento se materializa a través de la inclusión de elementos claros, precisos y ejecutables dentro de los pliegos de condiciones, además de ponderar cada propuesta, de acuerdo a su beneficio utilidad y costo.
- c) *Igualdad*: hace alusión a que todos los ciudadanos que se sientan en capacidad de realizar una oferta a la administración pública, sea tomado en cuenta, en la misma condición que los demás. Se materializa a través de las exigencias del pliego de condiciones.

El cumplimiento y ejecución del principio de transparencia, se ciñe de forma estricta a la ejecución completa de estos elementos, por lo cual estos son parte integral de la contratación.

²⁸ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 110

²⁹ Ibid., p. 111

5. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN COLOMBIA

Con la incorporación del principio de transparencia dentro del marco legislativo colombiano, se encuentra dentro de la lucha contra la corrupción, fenómeno el cual aún hoy día, atormenta de forma concreta la contratación pública. Y como estrategia de gobierno y, en respuesta a las circunstancias fácticas, se introdujeron por medio de la Ley 80 una serie de principios orientadores de la contratación pública, entre estos, el principio de transparencia.

Haciendo alusión a la Ley 80 de 1993 los doctores González y Martínez mencionan:

“...se destaca el principio de transparencia, como principio rector; definido este como la obligación de la administración que previamente y dentro del proceso de contratación se exprese con claridad la forma en que se va a contratar, los requisitos de participación, el objeto concreto y la publicidad del proceso, conforme a las reglas del artículo 24 de dicho estatuto³⁰”.

La transparencia en este orden de ideas debe ser entendida como una obligación administrativa dentro de los procesos de contratación, sin importar la modalidad de contratación seleccionada, siempre debe aplicarse, bajo criterios de objetividad y publicidad, de esta forma *“los principios que rigen la contratación estatal tienen aplicación en cualquiera que sea la forma utilizada para la selección de contratista³¹”*.

³⁰ Martínez Herrera, Daneyi y González Salguero, Edison. Tesis para maestría en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2004, P. 9

³¹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2008. P. 13.

Este comportamiento el cual cada vez se hacía más común era necesario combatirlo para erradicarlo de los procesos de selección de contratista.

El doctor Palacio Hincapié lo enuncian en “*la actividad del Estado está amenazada por la presencia de las conductas que tipifican la corrupción administrativa*”³², de esta forma se hace importante de la inclusión de una serie de principios rectores dentro de la contratación, que permitan la consolidación de los fines esenciales del Estado. Es claro que por medio de la Ley 80 de 1993, se propende por la inclusión de principios reguladores y orientadores dentro de la contratación, entre estos se encuentra la transparencia, la economía y la responsabilidad derivada de la actividad contractual, y otros principios que a pesar de no estar taxativos, hacen parte de esta reforma, tales como la buena fe, la selección objetiva del contratista y el principio del equilibrio económico contractual³³.

Como se mencionó con anterioridad, previo a la constitución política de 1991, era impensable la inclusión de principios, dentro de la normatividad y aun más, otorgarles esta fuerza vinculante, es por esto que la promulgación de la constitución de 1991, generó una revolución jurídica dentro del sistema normativo colombiano. Por medio de la carta política se introducen una serie de elementos axiológicos de aplicación concreta dentro de las actuaciones administrativas del Estado, y el desconocimiento de las mismas, puede ocasionar problemas de legalidad de las actuaciones que carezcan estas.

Dentro de los principios que se incluyeron, se encuentra el principio de transparencia, esto deja entrever la importancia de este dentro del mundo jurídico nacional. El doctor Rodríguez menciona, referente a este tema:

³² Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2008. P. 15

³³ Ibid., p. 14.

“El principio de transparencia en Colombia es de naturaleza constitucional en virtud de que se articula con principios como el de publicidad y el principio democrático y derechos como el acceso a la información, además de su manifestación como canon rector en el ejercicio de la administración pública³⁴”.

Este principio se cristaliza, como se ha recalcado en el presente trabajo, otros principios constitucionales, por consiguiente que el principio de transparencia es la columna de la contratación pública. Este fue concebido para garantizar la adecuada aplicación de la contratación pública, además de proteger los intereses públicos y los fines constitucionales. Rodríguez Tamayo, hablando sobre el origen del principio de transparencia menciona:

“Esta creado para garantizar el pleno desarrollo de otros principios como: imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. En los principios de la contratación pública, ya en el ejercicio de la función administrativa contractual está sometida al apego de un variado grupo de principios constitucionales, generales y legales, como en forma unánime y reiterada lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado³⁵”.

Es claro que con la utilización del principio de transparencia en Colombia, aun existen desafíos dentro del desarrollo de la contratación pública retos para la plena consolidación y protección de los intereses públicos. Es menester resaltar que la contratación en Colombia, adolece en gran medida del uso de este criterio

³⁴ Rodríguez De La Rosa, Luis Gabriel. El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos. Revista Ciencias Humanas - Volumen 9, No. 1. Julio-diciembre de 2012. ISSN: 0123-5826. En línea

<http://revistas.usb.edu.co/index.php/CienciasHumanas/article/view/1746/1520>

³⁵ Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. Los Contratos Estatales en Colombia. Primera Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2013, P. 21

axiológico, por ende la aparición de fenómenos de corrupción es común dentro de la función pública.

La aplicación del principio de transparencia, varía de acuerdo a la modalidad de contratación elegida por la administración pública, pero esta siempre tendrá algunos elementos comunes, sin importar la modalidad, los cuales son la publicidad y la objetividad, dentro del proceso de selección, toda vez que sin importar si es una licitación o contratación directa.

El Doctor Rave Aristízabal manifiesta que en la actividad contractual debe ser caracterizado por la imparcialidad y la objetividad, para proteger los intereses y fines de la sociedad y el Estado, citándolo dice:

“actividad contractual que debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por parte de los funcionarios como de los ciudadanos interesados en la contratación³⁶”.

Es claro que el principio de transparencia por si mismo consolida y protege derechos de orden constitucional, tales como el debido proceso, la equidad, pero en mayor medida el derecho a la igualdad. La contratación estatal, entendida desde el punto de vista de la administración permite el cumplimiento de los fines de Estado, además de la ejecución de las políticas públicas, por lo cual, la consolidación del principio de transparencia, permite de forma clara la protección de los fines esenciales del Estado Social. De ahí que la transparencia es:

³⁶ Rave Aristízabal, Gabriel. Derecho administrativo y contratación estatal. 3ed. Medellín. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2008. P. 135

“(…)un desarrollo del derecho a la igualdad, como derecho constitucional, toda vez que la entidad estatal busca contratar el bien o servicio para cumplir con los fines del Estado en la selección de la oferta más favorable que garantice la eficiencia en el cumplimiento del contrato, evite la indebida selección de contratista y permita la libre concurrencia para una selección objetiva del mismo, en igualdad de condiciones y oportunidades, y dé a conocer todas las especificaciones y condiciones del contrato a celebrar, así como también los requisitos habilitantes y factores de calificación³⁷”.

Dentro de las modalidades de selección del contratista existentes en Colombia, aquella donde mejor se materializa el principio de transparencia, por su naturaleza, es la licitación pública, toda vez que esta tiene como base fundamental la transparencia, y desde su inicio está rodeada por actuaciones administrativas, donde debe tenerse en cuenta dicho principio. Desde su apertura al público destinada hacia los oferentes, por medio de pliego de condiciones, es clave la presencia de la objetividad en su elaboración y de la publicidad del mismo para que los distintos oferentes conozcan los requisitos de la convocatoria. Para el doctor Bejarano, dentro del pliego de condiciones es donde más aplicación existe en la contratación pública, este menciona:

“el punto más importante que recoge este principio es la elaboración del pliego de condiciones, debido a que en él se definen de forma clara su justificación, motivos y criterios, y se concretizan las condiciones de cumplimiento con la objetividad posible³⁸”.

³⁷ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 109

³⁸ Bejarano, Roncancio Jhon. Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. Capítulo 2 Antecedentes y Principios de la Contratación Pública. Universidad Nacional de Colombia 2009. P. 58. (en línea)
<http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>.

Como se ha mencionado con anterioridad, la contratación pública debe estar sujeta de forma estricta al principio de transparencia. Es cierto, que en otras naciones la tipificación de este principio no ha sido necesaria como es el caso de Finlandia y Alemania, donde se encuentra en la costumbre contractual más que en una norma específica. Pero en el caso colombiano, era necesaria la inclusión en una normativa especial e incluso en la misma constitución. Este principio contribuye a cumplir los fines esenciales del Estado Social, entonces *“vemos claramente que este principio está relacionado con los principios de publicidad, igualdad, debido proceso y selección objetiva³⁹”*.

Siendo el punto trascendental en la contratación estatal para la vigilancia y control en las entidades del estado, los funcionarios y contratistas, en el momento de realizar la verificación de la declaración de sus bienes y rentas como control preventivo de los principios relacionados con anterioridad.

³⁹ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P111

CAPITULO III

1. CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

La contratación estatal en Colombia, es un proceso mediante el cual, la administración pública, maneja el presupuesto otorgado, para la adquisición de ciertos bienes y servicios, los cuales son necesarios para la ejecución de las funciones otorgadas por mandato legal.

En Colombia, la actividad contractual está reglamentada de forma estricta y concreta, aunque la Ley que regula los procedimientos y procesos, los cuales deben ser seguidos conforme a la literalidad de la norma. A pesar de que la contratación estatal tiene como fin primordial la adquisición de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de las necesidades esenciales del Estado, esta se ha prestado para la ejecución de los planes privados, permitiendo de esta forma la corrupción dentro de los servidores públicos, y el aprovechamiento de los recursos públicos en beneficio privado.

Como primera medida debe entenderse que cualquier tipo de contrato donde esté involucrado una entidad pública o una entidad de economía mixta donde la participación del Estado sea equivalente al menos al 50%, y esta asuma algún tipo de obligación derivada de la celebración de un contrato, esta debe ser reglada por la normatividad contractual pública, por lo cual está sometida a una normatividad de carácter especial.

La estricta regulación en materia contractual pública, ha generado un vínculo estricto entre la legislación nacional y la función contractual en Colombia. A diferencia de otros Estados, se ha optado por una regulación estricta y concreta

respecto de todos los procesos dentro de la contratación, por tanto se puede inferir que *“el ejercicio de la función administrativa contractual está sometida al apego de un variado grupo de principios constitucionales, generales y legales⁴⁰”*.

A pesar de la importancia de enunciados normativos, que regularán todos los aspectos relacionados al régimen contractual, la imposibilidad de conocer los posibles comportamientos del accionar humano, genera la necesidad de crear postulados jurídicos más abiertos y susceptibles a interpretaciones más amplias, que puedan servir de base, no solo para un comportamiento, sino por el contrario, que sirvan de marco para regular diferentes actividades y acciones del ser humano. Así que *“las reglas son la descripción de comportamientos que, en sentido estricto imponen deberes y conceden Derechos. Al tratarse de comportamientos, éstas son cambiantes, según las coyunturas políticas, culturales, sociales y económicas de una determinada sociedad⁴¹”*.

Es claro que en Colombia, la creación de un estatuto de contratación, tuvo un impulso debido a las circunstancias fácticas presentadas, donde la corrupción y el clientelismo, permitían que los vacíos normativos fueran aprovechados en beneficio de los particulares, siempre en detrimento de los intereses colectivos, aunque el estatuto contractual, siempre estuvo orientado a la inclusión de nuevos elementos normativos de carácter valorativo, que permitieran el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, por consiguiente se incluyeron, los principios que buscaran combatir la corrupción y permitieran la ejecución transparente de las formas de selección del contratista. Dado que *“El estatuto de contratación está orientado por principios y reglas que son de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales en ejercicio de su actividad, a fin de fin garantizar la adecuada*

⁴⁰ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 21.

⁴¹ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 105

inversión de los recursos públicos y la prevalencia del interés general, durante las etapas precontractual, contractual y pos contractual⁴²”.

Pero no únicamente se somete a los principios propios de la contratación pública, los cuales se encuentran inmersos dentro del Estatuto Contractual, por el contrario, la importancia de esta función administrativa, hace que esta se encuentre sujeta a los principios universales del derecho, así mismo a los principios de la función pública, *“la contratación estatal es gobernada por los principios del estatuto contractual y por los principios de la función pública⁴³”.*

A continuación, se procederá a describir la importancia de los principios dentro de la actividad contractual del Estado y su función de reglamentación genérica de todas las actuaciones administrativas y de la función pública.

1.1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN

La utilización de principios dentro de la contratación estatal, se debe a la imperiosa necesidad del legislador de regular, en la mayor medida de lo posible, las situaciones que se presentan dentro de la contratación pública, la importancia de estos radica en que *“Los principios son postulados que orientan la creación de normas y se constituyen en criterios de interpretación de las reglas contenidas en la normatividad, para evitar apreciaciones subjetivas y actuaciones arbitrarias, so pretexto de aplicar una determinada norma⁴⁴”.* Al introducir principios dentro del Estatuto de la contratación, se busca permitir que el funcionario público, actúe con mayor libertad dentro de los procesos de selección del contratista, pero además proteger los pilares fundamentales del Estado Social y las necesidades de la población.

⁴² Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 105

⁴³ Ibid., p. 108

⁴⁴ Ibid., p. 105

A pesar de la existencia de un estatuto de contratación pública, la imposibilidad de regular todas las situaciones fácticas, dentro de preceptos normativos, impulsó al legislador a introducir, criterios de orden axiológico y epistemológico (principios), que permitieran regular, los procedimientos y procesos, a través de enunciados abiertos de aplicación general en todos los procesos de contratación pública.

Aún la novedad y complejidad del Estatuto de contratación, sumado a la inminente dificultad del legislador de regular todas las situaciones y actuaciones que pueden presentarse a futuro, llevó a la inclusión de criterios mucho más abstractos y complejos - Los Principios - los cuales permitirían regular aquellas situaciones donde el vacío normativo, fuera evidente y presto al surgimiento de fenómenos de corrupción.

La importancia de la inclusión de los principios, radica en que por medio de estos se protegería los fines esenciales del Estado Social de Derecho, y se consolidaría el interés colectivo, como menciona el Consejo de Estado, *“no todas las circunstancias relacionadas con la contratación estatal encuentran regulación expresa en dicho estatuto, y por qué la ausencia de norma explícita sobre un asunto determinado obliga al estudio del mismo a la luz de los principios de la contratación estatal y los principios de la función administrativa⁴⁵”*.

Es claro que la aplicación de los principios dentro de régimen de contratación estatal es de carácter obligatorio y necesario, por lo cual no es de extrañar que el principio de legalidad (pilar fundamental del Estado social de Derecho), se encuentre dentro de todas las actuaciones administrativas que tengan como fin la contratación estatal. Este principio, el cual no solamente es

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de marzo de 2005. Expediente AP-2002-2739-01, Concejero Ponente Hernández Enríquez Alier.

atinente a la contratación pública, sino que por el contrario, regula todas las actuaciones administrativas y ejecutivas, sujeta a la administración a ceñir todas sus actuaciones a la Ley. A fin de que *“La aplicación del principio de legalidad a la contratación estatal implica acercarse tanto a las disposiciones y principios propios del derecho administrativo como a aquellos emanados de las instituciones privadas, civiles, comerciales, etc., dentro de una economía de mercado, donde el Estado es un sujeto más del mismo en condiciones de igualdad, sin perder de vista el interés general⁴⁶”*.

Pero este no es el único principio de vital importancia dentro de la contratación, además de estos debe tenerse en cuenta el principio de la transparencia, el cual como se habló de forma anterior, contribuye a consolidar el principio democrático y participativo del Estado social, además de ser el elemento jurídico principal para combatir la corrupción dentro de la contratación pública, *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo⁴⁷”*.

Es necesario establecer cuáles son todos los principios aplicables dentro de la contratación pública de carácter legal y constitucional, y en qué consiste cada uno, además de definir su impacto dentro del sistema jurídico de la contratación pública.

⁴⁶ Colombia. Congreso de la República. Ley 80 (28 octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, 1993. No 41.094 art. 23

⁴⁷ Ibid.

Así en materia de contratación estatal la Legislación Colombiana ha establecido los siguientes principios: interés público, responsabilidad, legalidad, igualdad, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad, sumados a los principios de orden constitucional y los del artículo 209. Por tanto, solamente se presenta como resultado de la investigación los principios que tienen mayor relación con la temática.

1.1.1. PRINCIPIO DEL INTERES PÚBLICO

El principio del interés público, es el fin principal de las actuaciones administrativas del Estado, estas buscan satisfacer las necesidades de la comunidad y de la sociedad, es claro a través la contratación pública, se busca satisfacer las necesidades de las entidades. Por esto *“es el interés público, la causa de un contrato estatal (art. 3º L.80 de 1993), en la medida en que siempre van en búsqueda de la satisfacción de una necesidad colectivo que por mandato constitucional debe cumplir la administración⁴⁸”*.

Es claro que el interés público debe estar en cada proceso de contratación, además de ser un mandato constitucional, el interés colectivo, es un pilar fundamental del Estado Social, por lo cual velar por el cumplimiento es una obligación para la administración. A pesar de la difícil tarea de determinar, cuál es el verdadero interés colectivo siempre estará enfocado en la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos y de la colectividad en general.

Como ya se mencionó, *“El interés público, ha sido una preocupación constante de los doctrinantes de derecho administrativo, pues a partir de dicho principio, se halla el fundamento mismo de esta especialísima disciplina jurídica⁴⁹”*,

⁴⁸ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 23.

⁴⁹ Ibid.

en definitiva debe velarse que en toda actuación administrativa, en especial en la contratación estatal, se cumpla con el interés colectivo, este en gran medida se relaciona con la transparencia de la contratación estatal, ya que si se ejecuta cualquier proyecto en búsqueda del interés colectivo, siempre estará acompañado de transparencia en la función pública.

1.1.2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El principio de responsabilidad está íntimamente ligado con la contratación, este goza de posición constitucional, busca que los funcionarios públicos respondan por sus actuaciones dentro del proceso de contratación. Como bien se ha dicho la inclusión de criterios axiológicos dentro del marco jurídico de la contratación responde, en primer lugar, a la lucha contra la corrupción y la inmoralidad administrativa, es a través de este principio que se hace responsable a los servidores por sus actuaciones.

Por medio de este principio, *“se estructura todo el régimen de responsabilidad del Estado, penal, disciplinaria, civil, y fiscal que atañen a los servidores públicos y los contratistas en el trámite, celebración y ejecución de los contratos estatales⁵⁰”*, es claro que este tiene diferentes órbitas todas encaminadas en dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, de esta forma la Corte Constitucional menciona *“la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones, orientadas al cumplimiento de los fines y funciones del Estado⁵¹”*.

Para la consejera Ruth: *“Para garantizar el cumplimiento de este principio los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán*

⁵⁰ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 23.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Córdoba Triviño Jaime.

civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista; responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas; verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos⁵²”.

En consecuencia que para los funcionarios públicos los bienes ajenos y los encomendados por mandato a su cargo deben ser ajustados a una buena conducta y ajustados a la ética de su cargo y funciones.

1.1.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio toma una órbita como derecho fundamental dentro de nuestra constitución política, para ser ejecutado de forma directa dentro de cualquier proceso de selección dentro de la contratación. Este elemento axiológico como menciona el doctor Mauricio Rodríguez: *“Se trata de un derecho con connotaciones amplias en el régimen de la contratación estatal pues esa atado al principio de transparencia y de libertad de concurrencia⁵³”*. El principio de igualdad se manifiesta de forma clara, en 2 momentos claves de la contratación estatal: en primer lugar, cuando se genera la oferta por parte de los interesados y, un segundo momento cuando se escoge al contratista, es en esta instante donde

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) Acumulados. 3 de diciembre de 2007

⁵³ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 27.

mejor debe materializarse el principio de igualdad, toda vez que debe escogerse al contratista bajo parámetros de objetividad, de esta forma se menciona que *“la selección objetiva del contratista es el claro y típico ejemplo de la aplicación práctica de la igualdad⁵⁴”*.

El principio de igualdad se encuentra íntimamente ligado con el principio de transparencia dentro de la contratación, debe ser entendido el mismo como un derecho de todo ciudadano dentro de los procesos de selección, se debe orientar toda la actividad administrativa, a ejecutar parámetros de igualdad basado en la objetividad de la selección del contratista.

1.1.4. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA BUENA FE

Este principio es universal dentro del derecho, se basa en que todas las actuaciones deben ser interpretadas y ejecutadas bajo parámetros de la buena fe, es decir ejecutarse sin buscar afectar a los demás. Para el doctor Dromi *“Importa una idea de creencia y convicción, que se predica en las relaciones reciprocas de uno (la administración) respecto del otro (el oferente, el adjudicatario, el contratista). Y de ese modo orienta la labor imperativa, de conformidad con las ideas de confianza y creencia⁵⁵”*, esta creencia va en doble vía, del administrado u oferente hacia la administración y viceversa.

Esta es la orientadora de los comportamientos contractuales, no solo públicas sino además privadas, por lo cual *“la buena fe es un principio cardinal que se rige por los códigos de lealtad (hacia otra parte y hacia terceros) y fidelidad, con comportamientos mutuos de coherencia y sobre la base de compromisos de cooperación y colaboración⁵⁶”*.

⁵⁴ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 27.

⁵⁵ Dromi, Roberto. Licitación pública. Editorial Ciudad Argentina. Cuarta edición. 2010. PP XXXV.

⁵⁶ Ibid.

Este principio además se encuentra dentro de la normatividad constitucional, consagrada en nuestro artículo 83 el cual profesa:

“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas⁵⁷”.

A pesar de que este artículo hace alusión a todos los comportamientos del orden social y jurídico dentro de las relaciones humanas, este también debe entenderse como un mandato imperativo para los ciudadanos, pero en especial para las autoridades públicas dentro del desarrollo de la función pública y la contratación pública.

1.1.5. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Estrechamente ligado con el principio de transparencia, busca dar a conocer a la sociedad y a los oferentes todos los procesos y actuaciones que se realizan dentro de los procesos contractuales. En este principio *“las autoridades deben dar a conocer a sus actuaciones y decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la Ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios⁵⁸”.*

La doctora Ruth Stella Correa ha dicho en reiteradas oportunidades: *“este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses*

⁵⁷ Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá Colombia. Acto legislativo 02 del 2015.

⁵⁸ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 41.

privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, excepto en los casos en que la ilegalidad sea protuberante y grosera, implica per se violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa⁵⁹.

Este principio consolida los fines esenciales del Estado Social, además de proteger el derecho del debido proceso, toda vez que permite dar publicidad a las actuaciones, además de permitir oposición a las decisiones administrativas.

1.1.6. PRINCIPIO DE MORALIDAD

El principio de moralidad hace alusión al comportamiento que deben seguir todos los funcionarios públicos dentro del desarrollo de la actividad y la función administrativa. Este principio se ve reflejado en la aplicación del interés social, en prevalencia sobre el interés particular. Este principio *“se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinados por la satisfacción del interés general y no por intereses privados particulares⁶⁰”*.

La Corte Constitucional manifiesta:

“El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas⁶¹”.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) Acumulados. 3 de diciembre de 2007

⁶⁰ Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015. P. 41.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-826 del 2013 de M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. 13 de noviembre del 2013.

Por lo cual es menester entender este principio como pilar de las actuaciones no solo públicas sino también particulares, además la Corte manifiesta:

“exigencia del cumplimiento e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, acciones y recursos para exigir el cumplimiento de la Constitución y la ley, así como acciones de repetición y populares, encaminadas todas a garantizar la moralidad administrativa⁶²”.

Este principio orientador, tiene un sustento constitucional en los artículos 3, 122, 123, 124, 125, 126, 127,128, 291, 292 por lo cual es de aplicación obligatoria por todos los servidores públicos y debe protegerse dentro de todas las actuaciones que se desarrollen en ejercicio de la función pública.

2. FORMÁS DE SELECCIÓN

Dentro de la legislación colombiana, existen diversas formas que permiten la selección del contratista del sector público, las cuales están prescritas de forma explícita y taxativa, dentro de la normatividad colombiana, lo que deja poco margen de acción para el funcionario público, esto con miras a combatir la corrupción y dejar claro el proceso de selección, su procedimiento y modalidad. El Doctor Matallana, citando al doctor Expósito Vélez menciona que los procedimientos de selección son *“un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y*

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-826 del 2013 de M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. 13 de noviembre del 2013.

Vargas pública, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto a sujeto más acto para contratar⁶³”.

La etapa de selección del contratista, es considerada la fase previa de la contratación pública, dentro de esta se materializa los principios de igualdad, transparencia, publicidad y legalidad. Es así que *“la etapa precontractual del procedimiento administrativo de contratación, la selección del contratista constituye en una actuación sustancial al mismo, en cuanto a que el principio de transparencia adquiere mayor extensión, principio que va íntimamente relacionado con los de publicidad e igualdad⁶⁴”.*

Es menester aclarar que es por medio de la contratación pública, donde se ejecuta en mayor medida la función pública, debido a que la administración necesita de los servicios prestados para el contratista. En Colombia, el Estado ha regulado de forma minuciosa cada etapa de la contratación pública, además de establecer 5 modalidades de selección, las cuales deben ser ejecutadas, de conformidad a lo estipulado dentro de la normatividad vigente. Colombia se caracteriza por su ordenamiento jurídico positivo: *“A diferencia de lo que ocurre con los sistemas de libre elección, donde la administración goza de mayor amplitud para seleccionar al contratista, en cambio en estos sistemas, el ordenamiento jurídico positivo, regula totalmente el procedimiento de selección, es decir, que los entes estatales, no tienen ningún margen para establecer reglas al respecto, ya que están prefijadas⁶⁵”.*

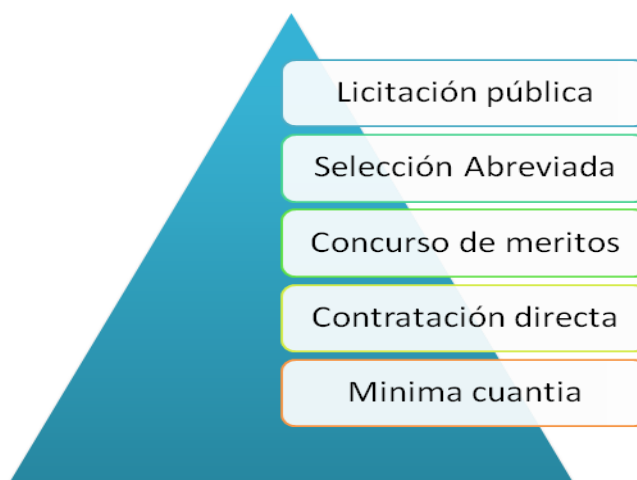
⁶³ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2005. Bogotá. P. 249.

⁶⁴ Güechá Medina, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. Segunda edición. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. P. 83.

⁶⁵ Fandiño Gayo Jorge. Modalidades de selección en el contrato estatal. Primera edición. Editorial Leyer. Bogotá 2012. Pp. 9 y 10

Es claro que una vez seleccionado la modalidad de contratación, que se va a utilizar, el administrador no podrá salirse de los procedimientos establecidos, so pena de incurrir en algún tipo de responsabilidad (principio de la contratación pública). Es claro que la función administrativa, desarrolla la libertad del administrador, al momento de determinar las metas que van a cumplirse y cuáles son las prioridades, pero está sujeto de forma estricta a la legislación positiva, esto debido a que debe sujetarse a lo estipulado dentro de la Ley, como lo menciona el doctor Matallana: *“si bien puede ser libre la administración cuando decide cumplir sus fines a través de la contratación, deja de serlo cuando inicia el proceso de adjudicación del contrato, pues tiene que poner en marcha todo el aparato técnico y humano para llevar a cabo el procedimiento de selección, y “no puede salirse de los cánones establecidos para ello en el ordenamiento jurídico administrativo positivo⁶⁶”.*

Colombia establece 5 modalidades principales para la selección del contratista las cuales serán analizadas dentro de esta tesis a manera ilustrativa el siguiente cuadro describe dichas modalidades:



Elaboración propia

⁶⁶ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2005. Bogotá. P. 249.

3. PLIEGOS DE CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA

El pliego de condiciones es un acto precontractual emitido por la administración, mediante el cual da a conocer, en cumplimiento del principio de publicidad y transparencia, las necesidades de la entidad pública, además de manifestar al público, en especial a los oferentes, su intención de dar inicio a un proceso contractual, el cual se ciñe a las indicaciones emitidas por medio del mismo.

En este orden de ideas *“los pliegos de condiciones, términos de referencia o las solicitudes de oferta son actos administrativos de carácter general en los que las entidades estatales determinan el objeto que desean contratar, sus condiciones específicas, y además señalan las reglas de participación y selección del contratista y del futuro contrato⁶⁷”*.

Este acto de la administración, se elabora con el fin de dar a conocer las necesidades y servicios requeridos por la entidad, este es definido como *“conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, en el que se especifican el suministro, obra o servicio que se licita o las condiciones a seguir, en la preparación o ejecución del contrato y los derechos y asignaciones de los oferentes y del futuro contratista⁶⁸”*. Este acto por su naturaleza es un acto administrativo de carácter unilateral, pero que causa efectos legales hacia terceros, así mismo es oponible a los mismos, por sus características es un acto administrativo de carácter general, el cual contiene una serie de aspectos técnicos y legales, que deben ser tenidos en cuenta por los diferentes oferentes, debido a

⁶⁷ Pino Ricci Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. P. 181.

⁶⁸ Dromi, Roberto. Licitación pública. Segunda edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995. P. 245.

que el desconocimiento de los elementos y características que lo componen, da lugar al rechazo de la oferta y a la no elección de la misma.

Por lo tanto, no es de carácter temporal debido a que desde su promulgación (etapa precontractual) rige hasta la etapa de liquidación del contrato. Se constituye como la fuente principal, para interpretar el contrato celebrado entre la administración y el contratista. Este es *“un acto administrativo que no cesa sus efectos cuando termina el proceso de selección, sino que se proyecta posteriormente en el contrato y luego de la ejecución e incluso de la liquidación⁶⁹”*. Es necesario precisar, que el pliego de condiciones es uno de los actos administrativos de mayor importancia dentro de los procesos de contratación pública, junto con el acto que adjudica el contrato.

Sobre este tema el Consejo de Estado manifiesta que el pliego de condiciones es *“(…) un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los participantes del proceso de licitación que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual⁷⁰”*. Pero este no solo es vinculante a las partes, por el contrario, este es oponible a terceros e incluso a los oferentes no escogidos como contratistas, por lo cual es de vital importancia dar cumplimiento al principio de publicidad y realizar la debida publicación, ya que con este se consolida no solo los principios del Estado Social de Derecho, sino además se condensa el principio de transparencia. Es así que *“la garantía del cumplimiento del principio de transparencia se encuentra en la publicidad de las actuaciones administrativas⁷¹”*.

⁶⁹ Jiménez Solarte, Franco y Sánchez Cerón Alejandro. Análisis de la reforma a la contratación estatal y otros temas. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2007. P. 169

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo Sección Tercera. C.P. Daniel Suarez Hernández. Expediente No. 12.344. Bogotá. Colombia

⁷¹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008. P. 115

Cumpliendo con el principio de transparencia, el pliego de condiciones debe ser elaborado teniendo en cuenta la objetividad y la transparencia. Al elaborarse un pliego de condiciones, es necesario partir de las necesidades reales de la entidad pública, por lo cual no puede sujetarse al arbitrio del administrador. Es claro que para la elaboración de pliegos de condiciones, es menester contar con estudios previos que avalen la necesidad de la contratación.

La rigurosidad en la elaboración del pliego de condiciones es vital para dar eficacia y validez al proceso de contratación, al ser este el documento inicial y con el cual se da publicidad a la comunidad las necesidades de la contratación, sus cláusulas deben estar elaboradas bajo los principios de la buena fe, la moralidad pública y el principio de objetividad. Lo estipulado en este acto administrativo, debe ser claro y concreto, debe describirse con claridad las especificaciones técnicas de la entidad, esto con el fin de evitar la posible nulidad o la interpretación del juez del contencioso administrativo, referente al tema el Consejo de Estado menciona:

“La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso,

la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal⁷².

La validez del pliego de condiciones es vital para dar continuidad al proceso de contratación, como se ha mencionado de forma reiterada, la contratación se realiza con el único fin de satisfacer las necesidades de la administración, por lo cual el retraso de la ejecución de los contratos, por violación de principios básicos de la contratación o la incorporación de cláusulas irracionales, en búsqueda de favorecer a un determinado proponente, únicamente implicarían el retraso en la administración y el desconocimiento del interés general, en pro y en beneficio de determinado contratista.

Dentro de la normatividad contractual pública colombiana, todas las actuaciones y procedimientos se encuentran reglamentados de forma clara e inequívoca, por ende no es capricho del legislador estipular la necesidad de la existencia de un pliego de condiciones, la cual obedece a la necesidad fáctica de combatir la corrupción dentro de los procesos estatales, al igual que dar transparencia en el procedimiento de elección del contratista, esto en cumplimiento de el principio de transparencia y publicidad, debido a que por medio del pliego de condiciones todos los ciudadanos, no solo los oferentes, pueden ejercer función de control y veeduría además de participar en el proceso de contratación. De esta forma *“El pliego de condiciones contiene un acto reglado y reglamentado del procedimiento de contratación estatal, el cual constituye el compendio de los términos y condiciones para las diversas actuaciones dentro del citado procedimiento⁷³”*.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo Sección Tercera. C.P. Daniel Suarez Hernández. Expediente No. 12.344 de mayo 3 de 1999. Bogotá. Colombia

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de octubre 1 del 2014. Expediente 34.778. C.P.: Hernán Andrade Rincón

Este acto administrativo cuenta con una serie de características las cuales comprenden el objeto y finalidad de la contratación pública. El Doctor Pino Ricci hablando sobre las características del pliego de condiciones, menciona cuales son los elementos que este debe contener:

“Se deben establecer reglas objetivas para la presentación y calificación de propuestas.

- *Se establecerán reglas justas, claras y completas que permitan la elaboración de ofrecimientos de la misma índole.*
- *Se establecerán reglas que puedan cumplirse por un numero plural de personas, según las necesidades y requerimientos de la entidad, pero que, en todo caso, no generen la declaratoria de desierta del proceso. Por “ello no se podrán incorporar “condiciones de imposible cumplimiento”*
- *No se pueden incorporar “excepciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministren” por parte de las entidades estatales*
- *Se deben señalar con claridad las condiciones económicas, técnicas y de calidad para el cumplimiento de la prestación (...)”⁷⁴.*

Por medio del pliego de condiciones se cumplen los principios de la contratación pública, en particular la transparencia. Se puede observar que los pliegos sirven como fuente de referencia para los proponentes y la comunidad en términos generales. El pliego de condiciones debe ser elaborado bajo criterios de objetividad, sujeto a las necesidades reales que dieron origen a la contratación, sin perjuicio de que esto sirva para favorecer ha determinado contratista o proponente, el pliego se elabora con el fin de consolidar y respetar el derecho de igualdad de todos los oferentes, en virtud del principio de transparencia. Es

⁷⁴ Pino Ricci Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. P. 182.

necesario que este se sujete a los más precisos criterios de imparcialidad, honestidad, rectitud y honradez por parte de la administración, toda vez que, con este acto administrativo, que sirve como fundamento para la selección del contratista, el legislador condesó su interés de garantizar y evitar la corrupción dentro de la administración pública.

A pesar de los intereses y fundamentos altruistas del legislador que inspiraron el pliego de condiciones, hoy día el fenómeno de la corrupción ha permeado este loable instrumento jurídico, por lo cual es común en el caso colombiano, ver pliegos de condiciones con ciertos elementos que favorecen a determinado contratista, esto con el fin de adjudicar el contrato o garantizar la preferencia de un determinado proponente sobre los demás. Es necesario plantear nuevos modelos y estrategias de orden legal, que puedan ser instrumentos certeros contra la corrupción, fenómeno que en mayor medida afecta al Estado, al patrimonio público y al interés general de la comunidad.

CAPITULO IV

1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL -LICITACIÓN PÚBLICA-

El Principio de Transparencia es, como se ha mencionado dentro de la presente tesis, un pilar fundamental del Estado Social de Derecho para el caso colombiano, el cual se encuentra de manera explícita dentro de nuestra Carta Política, esta hace alusión al mismo en 4 ocasiones, sobre los procesos de selección del contratista de orden público. La consolidación del principio de transparencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, está directamente vinculado con los problemas de corrupción que se han presentado a lo largo de la historia Republicana para el caso colombiano. Ya Simón Bolívar, desde los albores de la República condenaba los actos de corrupción de los funcionarios públicos, e inició una lucha en contra de la corrupción estatal, en busca de proteger el erario público, en detrimento de los intereses de los particulares. Dentro del marco de esta lucha, el Libertador Decreto el 12 de enero de 1824, la pena de muerte para todos los funcionarios públicos que hubiesen malversado o tomado para sí parte de los fondos de la nación, esta medida fue realizada con el fin de evitar en la mayor medida de lo posible la corrupción del naciente Estado⁷⁵.

Si bien es cierto, el Decreto fue revocado, el problema de corrupción no ha menguado y a pesar de las estrategias de los diferentes gobiernos y de las iniciativas legislativas, el problema de la corrupción aun sigue afectando no solo los intereses del Estado, sino tambien afecta la ejecución de la función

⁷⁵ Decretos del Libertador. Publicaciones de la Sociedad Bolivariana de Venezuela, Tomo I (1813-1825) Imprenta Nacional, Caracas, 1961. P. 283.

administrativa, y con ello en detrimento del interés colectivo y los derechos de la comunidad en general.

A pesar de estar consagrado en el Código Penal más de 20 tipos penales enfocados en criminalizar y atacar de forma punitiva las conductas de los servidores públicos que atenten contra la moralidad pública, pareciera que la solución aun es insuficiente. Al hacer un paneo sobre la realidad, aproximadamente el 56% de los municipios de Colombia, se encuentran en niveles altos y muy altos de índices de corrupción⁷⁶, en términos monetarios al Estado Colombiano le cuesta “*cerca de 4 puntos del Producto Interno Bruto, es decir más de 20 billones de pesos.*”⁷⁷, por lo cual el fenómeno de corrupción es en términos generales el problema de mayor envergadura, que desangra de forma estrepitosa y alarmante el país. Aun más alarmante es la cifra de impunidad registrada referente a delitos de corrupción, donde solo 1 de cada 4 implicados es condenado y se le impone medida de aseguramiento en establecimiento carcelario⁷⁸.

En este escenario coyuntural se desenvuelve el principio de transparencia, el cual fue concebido como base rectora de todas las actuaciones administrativas, en especial las relacionadas con la contratación pública. No es casualidad que este principio se encuentre enunciado en todas las legislaciones modernas, en particular la Ley 80 y la posterior reforma al Estatuto Contractual, para el caso colombiano. Debido a que la corrupción no es solo un fenómeno de carácter nacional, por el contrario, todos los gobiernos emprenden una lucha contra este flagelo, obviamente los niveles de corrupción y detrimento en el erario público

⁷⁶ El escalafón del riesgo de corrupción en Colombia Estas son las contralorías regionales, gobernaciones y alcaldías con mayor y menor riesgo de corrupción. El Tiempo. En línea <http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/corrupcion-en-colombia/15798518/1/> Ultima Visita 28/02/2017

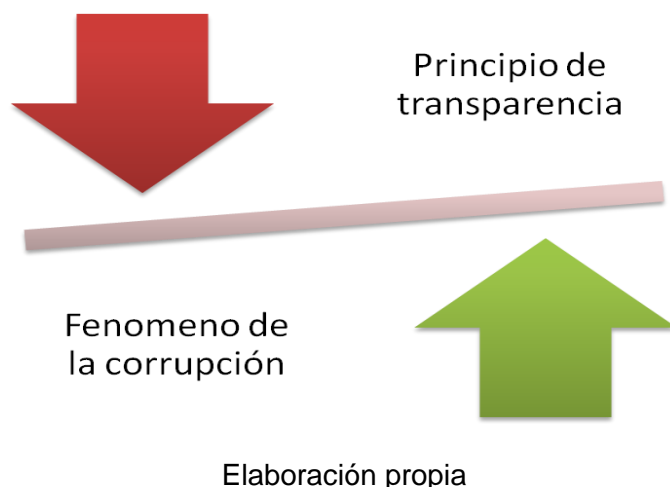
⁷⁷ En Colombia, sólo uno de cada cuatro corruptos paga cárcel. Portafolio. 18 de agosto de 2016. En línea <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/indice-de-corrupcion-en-colombia-2016-499663> Ultima Visita 28/02/2017

⁷⁸ Ibid.

varían de acuerdo a cada nación y cultura, debido a que esto es un problema social, que se arraiga en mayor o menor medida de acuerdo a la cultura y la educación.

Este principio – el de Transparencia- se erige como pilar fundamental de los procesos de contratación estatal en el caso colombiano, el cual debe ser ejecutado en la mayor medida de lo posible, so pena de sanciones de orden disciplinario, fiscal y penal para el funcionario que de manera arbitraria desconozca la ejecución de este principio vital en la materia.

No obstante a los esfuerzos de los diferentes gobiernos y de las legislaturas, el fenómeno de la corrupción y con ello el principio de transparencia, representan en gran medida una oportunidad para los políticos de turno, los cuales aprovechan ambos fenómenos como base electorales y discursos demagógicos para atraer a las masas electorales, bien sea en provecho de la corrupción a través del clientelismos y el tráfico de influencias, o en el caso de la transparencia como retahíla política para convencer a las masas ignorantes. En este orden de ideas deben entenderse la corrupción y la transparencia como fuerzas opuestas, para los intereses de la colectividad.



Para el caso Colombiano es necesario manifestar que la legislación a tratado de blindar en la mayor medida de lo posible, los procesos contractuales por medio de una regulación clara, precisa y robusta, para evitar los brotes de corrupción dentro del las actuaciones contractuales, esto debido a que *“la deficiente regulación de la contratación pública es un motivo que facilita la aparición de corrupción en este ámbito de la actividad administrativa⁷⁹”*. Bajo este orden de ideas el legislador pretende garantizar la ejecución y el cumplimiento no solo de los principios del Estado Social de Derecho, sino además proteger los derechos de la colectividad.

Por esto se da la aparición en la normativización de criterios de orden axiológico, tales como los principios, los cuales aparecen en la órbita de la contratación estatal, con estos se pretenden subsanar aquellos vacíos normativos que puedan aparecer dentro de la ejecución de los procedimientos contractuales, y con ellos suplir, a través de una interpretación en pro de los intereses de la colectividad, los vacíos normativos y garantizar en toda medida la protección de los derechos fundamentales y con ello garantizar el Estado Social, adoptado por la Constitución de 1991.

De esta forma el principio de transparencia permite la protección de los intereses, derechos y pilares consagrados en el modelo de Estado implementado por Colombia en la constitución de 1991. Este principio se ejecuta en las diferentes etapas de la contratación estatal, ya desde los estudios previos, la aplicación de este principio es vital, a la hora de determinar los intereses y necesidades reales de la entidad, si el funcionario respeta y hace uso del principio de transparencia durante la etapa precontractual, se determinaría de forma fidedigna cual sería la solución más loable y objetiva para suplir la necesidad. Si

⁷⁹ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 46.

bien es cierto los brotes de corrupción, aparecen también en esta fase prenegocial, el principio de transparencia debe ser aplicado de forma integral dentro de esta etapa.

Una vez agotada la etapa de estudios previos, la entidad a través de un pliego de condiciones, en ejecución del principio de publicidad, da a conocer a los terceros, sean ciudadanos o proponentes, el proceso de contratación, si bien es cierto la publicación de los pliegos de condiciones se hace en ejecución del principio antes mencionado, esta publicación así mismo materializa el principio de transparencia, debido a que la publicidad de las actuaciones administrativas, contribuye a la veeduría ciudadana y con ello la entidad de forma obligatoria da a conocer no solo los aspectos técnicos, sino además los motivos que dan lugar a recurrir a procesos de contratación para suplir la necesidad de la entidad. Así mismo:

“Mediante la publicidad se permite a los usuarios el conocimiento de las decisiones encaminadas a satisfacer las necesidades públicas a través de la contratación, no solo para que quien tenga la capacidad de ejecutar la actividad a contratar haga su oferta, sino para ayudar al control de la administración en el desempeño de sus funciones⁸⁰”.

La ejecución del principio de transparencia, no solo engloba como se mencionó de forma precedente la publicidad de las actuaciones administrativas, de nada serviría dar a conocer pliegos de condiciones o actos administrativos viciados o motivados por la corrupción, dentro de la elaboración de los mismos debe tenerse en cuenta criterios de moralidad pública, esto en cumplimiento del principio de moralidad administrativa, el cual contribuye a que el accionar de los funcionarios públicos, sea acorde a los preceptos morales de la buena fe; por otra

⁸⁰ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008. P. 115

parte la valoración de los oferentes debe medirse bajo criterios de objetividad e igualdad, esto en consonancia con el principio administrativo de la igualdad, que además es un derecho constitucionalmente consagrado, por medio de este principio se materializa también el Principio de Transparencia, debido a que una valoración objetiva de los oferentes, suprime la primacía, prevalencia o capricho del administrador a la hora de seleccionar o no a determinado contratista, el principio de la igualdad concibe la ponderación equivalente de todos los proponentes, sin preferencia subjetiva alguna. Sobre el tema el Doctor Hincapié menciona:

“en la contratación estatal tienen especial significación los principios de moralidad, igualdad, y publicidad, que se engloban en uno que los comprende a todos y es el de transparencia, que permite que el manejo de los dineros públicos se haga con moralidad, que las inversiones sean claras y eficaces, es decir que sirvan para la atención de la necesidad que se pretende satisfacer, que todos puedan tener la misma oportunidad de contratar con el Estado, en igualdad de condiciones⁸¹”.

Siendo preciso señalar que la ejecución del principio de transparencia está estrechamente vinculado con el de objetividad que debe utilizar el funcionario público a la hora de seleccionar un proponente o contratista, esto dentro de la fase contractual, la administración realiza una valoración idónea y concienzuda de las diferentes propuestas, centrando su atención en aspectos técnicos y presupuestales, en beneficio de los intereses de la colectividad, de la sociedad y del pecunio publico. Por ello en todos los procesos de selección (licitación pública, contratación directa y selección abreviada), deben regirse por criterios de objetividad en la selección buscando siempre el mejor precio para la administración. Para el caso del concurso de méritos como procedimiento de

⁸¹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008. P. 121

selección, el criterio de objetividad se consolida con la valoración por parte de la administración de los concursantes, midiendo niveles de educación, experiencia, conocimiento, relegando el criterio económico a un segundo plano.

Es necesario que el funcionario encargado de la contratación se aleje de criterios personales, sociales y de preferencia al momento de determinar cual oferta u oferente se seleccionará, teniendo en cuenta *“las reglas de la selección objetiva garantizan la transparencia en la contratación. Esta selección tiene que hacerse con base en los factores que se hayan señalado en el pliego de condiciones (...)*⁸²”. En este orden de ideas la selección objetiva, consolida en la fase contractual el principio de transparencia, en cualquier método de selección utilizado.

La procuraduría como ente de control disciplinario de todos los funcionarios públicos, y como entidad encargada de velar por la moralidad pública, siempre señala el principio de transparencia como regulador de toda actividad administrativa, no solamente de la contratación estatal, y de acuerdo con la normatividad contractual colombiana, la aplicación de principio de transparencia sea obligatoria y no discrecional para el funcionario público, en forma general todo proceso de selección del contratista se rige por el principio de transparencia. Respecto del uso del principio de transparencia la procuraduría señala:

“En virtud del principio de transparencia, y con fundamento en lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, la convocatoria pública, a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, constituye la regla general para la escogencia de contratistas. De forma excepcional, el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades estatales no acudan a la regla general sino,

⁸² Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008. P. 115

por el contrario, a la contratación directa, de carácter especial y, por ende, de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.⁸³

Respecto de la contratación directa, como excepción en la contratación estatal, la procuraduría señala:

“En consecuencia, cuando una entidad pública defina la pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstas en la Ley debe dejar constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación, en cumplimiento de la potestad estrictamente reglada del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.⁸⁴”

Con esto se señala, que a pesar de la discrecionalidad debe estar presente en el proceso de selección, incluso en la contratación directa esta – a pesar de la mayor discrecionalidad presente en este método- en ningún momento puede desconocer aspectos económicos, o si lo realiza, debe estar sustentado de forma explícita a través de un acto administrativo motivado de forma jurídica.

Es menester volver a resaltar que la adjudicación dentro del proceso de contratación estatal, también se utiliza y se aplica el principio de transparencia, esto debido a que en esta parte contractual se da a conocer a la ciudadanía en términos generales, cual es el contratista seleccionado, otorgando publicidad al mismo acto. A través de esta publicidad se permite que los ciudadanos conozcan el procedimiento y los motivos que llevaron a la selección, esto con el fin de que los ciudadanos participen de forma activa, en el control por medio de veedurías, de esta forma *“esa participación del ciudadano contribuye igualmente a*

⁸³ Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Auditoría General de la República. Circular conjunta 014. Contratación directa – Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 causales urgencia manifiesta y contratos interadministrativos. Junio 1 del 2011.

⁸⁴ Ibid.

complementar el control de la contratación⁸⁵, con el fin de otorgar más pulcritud al proceso contractual y consolidar el principio de transparencia.

2. LICITACIÓN PÚBLICA COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Dentro de la legislación colombiana, se prevé la licitación pública como el procedimiento genérico y principal, constituyéndose de esta forma las demás modalidades de selección (*selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía*) como métodos accesorios. La intención del legislador no se ha modificado por el contrario siempre se ha mantenido al consagrar el procedimiento de licitación pública como la modalidad de selección aplicable de forma general, debido a que por medio de este se consolidan y materializan, no solo los principios y derechos fundamentales de la Constitución política (derecho a la igualdad, derecho al debido proceso, derecho a la libertad, etc.), sino además los principios propios de la contratación en particular, el principio de transparencia, por excelencia propio de la licitación pública, de esta forma se establece que *“la licitación pública se mantuvo como el procedimiento de selección principal y aplicable para todos los casos, con excepción de los eventos dispuestos en la Ley de selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa⁸⁶”*.

Previo a dar a conocer a la comunidad la intención primigenia de la administración de iniciar un proceso contractual para satisfacer una necesidad, la entidad debe comenzar por realizar una serie de estudios previos para determinar de forma clara y precisa la necesidad o el servicio a atender, es claro que estos estudios y su rigurosidad o utilización dependen de qué tan complejo es el tema a contratar. Esta actuación administrativa de estudios previos, permite que el

⁸⁵ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008. P. 115

⁸⁶ Dávila, Vinuesa, Luis. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Legis editores. Bogotá. 2016. P. 424

principio de transparencia se condense, debido a que se elimina el arbitrio de la entidad a la hora de determinar el objeto a contratar, transformando el capricho del servidor a la necesidad real de la administración a través de la contratación.

Como se mencionó de forma precedente, el procedimiento de licitación pública constituye, en primera medida, una invitación a la sociedad a que en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta los principios de objetividad, realicen sus ofertas, encaminadas a la adjudicación de los procesos de contratación en ese orden de ideas, por medio de la licitación pública se consagra el derecho a la participación de los ciudadanos. Asimismo, es un mecanismo de participación ciudadana dentro de la administración, consolidando y fortaleciendo los pilares que fundamentan el Estado Social de Derecho, considerando que se *“garantiza la participación para todas las personas que estén interesadas y en condiciones de presentar ofertas y celebrar el contrato. Los límites de la participación solo se imponen en razón de la naturaleza del objeto con el propósito de asegurar la idoneidad de los intervinientes⁸⁷”*, es menester aclarar que la participación dentro de los procesos de selección del contratista, se rigen por tecnicismo, debido a que si determinado sujeto no cumple con los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, y en los requisitos establecidos en la etapa contractual previa, tener en cuenta dicha postulación, en igual medida contravendría los principios propios de la contratación (celeridad, economía y debido proceso).

Al realizar un proceso de licitación pública, la entidad o el administrador pretende recibir de forma recíproca una respuesta por parte de la comunidad y de la ciudadanía, esta se define como una oferta, de esta forma *“la oferta es la respuesta a la convocatoria pública que realiza la entidad⁸⁸”*, es necesario que dicha oferta llene los requisitos y requerimientos establecidos dentro de las condiciones de la convocatoria, para que esta sea valorada de forma adecuada,

⁸⁷ Dávila, Vinueza, Luis. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Legis editores. Bogotá. 2016. P. 423

⁸⁸ Ibid., p. 424

siguiendo el principio de la objetividad, debido a que si esta carece de los elementos enunciados, los cuales deben ser claros y precisos, dicha oferta será rechazada de plano, y por lo tanto no se tendrá en cuenta al momento de seleccionar el contratista.

Es menester señalar que la utilización del principio de objetividad o de selección objetiva, al escoger al contratista, en gran medida ejecuta y materializa el principio de transparencia, debido a que el funcionario público encargado de la contratación, debe alejarse de sus preceptos subjetivos, que puedan tender al favorecimiento de determinado contratista, para ponderar de forma adecuada cada una de las propuestas, ciñendo su valoración, únicamente a aspectos económicos que favorezcan presupuestalmente a la entidad o aspectos técnicos que permitan una mejor ejecución del proyecto. Cabe aclarar que la finalidad última de la contratación es satisfacer las necesidades no solo de la entidad, sino de la colectividad, de la sociedad y garantizar el cumplimiento de los fines del Estado. En los procesos de contratación, no deben fundamentarse en la arbitrariedad del funcionario o el capricho de la entidad, estos deben sujetarse a las necesidades reales de la administración.

Una vez valoradas las diferentes propuestas y ofertas, allegadas a la entidad, esta debe procurar seleccionar alguna de las mismas, teniendo en cuenta que los parámetros de selección se sujetan a aspectos presupuestales (la oferta más beneficiosa) y técnicos (la propuesta que cumpla con los requisitos) netamente imparciales, es necesario que la entidad escoja una de las propuestas, debido a que de acuerdo a los principios administrativos tales como la economía y la eficiencia, propenden por concluir cualquier etapa iniciada, dado que *“El principio de economía, como integrador de la eficiencia y la eficacia, despliega su actividad en la búsqueda de una decisión final que no sea inhibitoria, sino positiva respecto*

de la aceptación de una de las ofertas⁸⁹, con el fin de cumplir con los objetivos iniciales, por los cuales la entidad inicio un proceso de contratación.

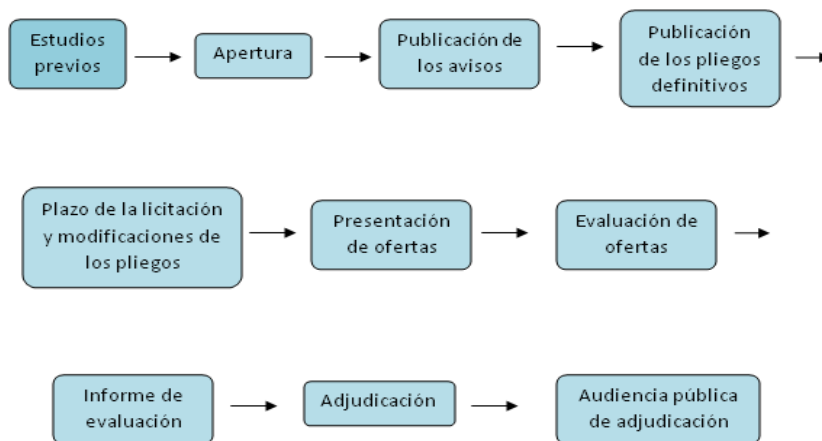
Seleccionado el contratista, la administración profiere un acto administrativo motivado (con el fin de garantizar la transparencia en la selección del contratista, expresado de forma clara los motivos que llevaron a la selección y preferencia del oferente sobre los demás), por medio del cual adjudica el proceso de selección. Es menester entender que la licitación pública no solo se ejecuta por medio de este acto administrativo, sino que es un proceso jurídico complejo, que se compone de varias actuaciones y hechos que pueden implicar o no la promulgación de un acto administrativo. El Doctor Dávila manifiesta *“la licitación pública no es un acto administrativo sino un procedimiento en el que concurren una serie de actos y hechos realizados por la administración y por los oferentes que terminan, por regla general, con una decisión de aceptación de uno de los ofrecimientos recibidos⁹⁰”*.

Posterior a la actuación administrativa que adjudica una licitación pública, por mandato constitucional, y en pro del principio de transparencia, debe celebrarse por audiencia pública, un procedimiento de carácter general, salvo las excepciones de Ley.

A continuación, se presenta de forma breve el procedimiento que debe llevarse a cabo para la adjudicación de un contrato estatal por medio de licitación pública:

⁸⁹ Dávila Vinuesa, Luis. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Legis editores. Bogotá. 2016. P. 442

⁹⁰ Ibid., p. 424



Elaboración propia

3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO RECTOR EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

Como ya se ha mencionado de forma precedente la importancia del principio de transparencia dentro de la contratación pública es vital, esta radica, en que por medio de este principio, se protegen no solo los derechos fundamentales de los ciudadanos, se garantiza el cumplimiento de los fines fundamentales del Estado Social, pero además protege los intereses de la colectividad y garantiza la idoneidad de la función público garantizando de esta forma una adecuada ejecución de los proyectos de la administración.

El erigir el principio de transparencia como eje del Estado y de la contratación pública, permite que los procesos de selección del contratista, velen por la protección del interés colectivo, de la misma forma, garantizar la idónea y correcta ejecución del proceso de licitación pública, la cual puede permearse de intereses

ocultos que vicien y se entrometan de forma indebida en la selección del contratista. Es claro mencionar que en mayor medida el proceso de selección del contratista, es el evento del proceso administrativo donde se muestran mayores índices de corrupción, es así que *“durante la adjudicación del contrato también se observan actuaciones que pueden resultar de posibles prácticas corruptas⁹¹”*, con el fin de favorecer a determinado contratista, esto con el fin de sacar provecho o proteger ciertos intereses.

En este orden de ideas *“durante la adjudicación del contrato también se observan actuaciones que pueden resultar de posibles prácticas corruptas⁹²”*, las cuales contravienen de forma directa la aplicación de principio de transparencia dentro de la licitación pública.

Cabe advertir que previo a la etapa de adjudicación, es menester salvaguardar el principio de transparencia, esto debido a que incluso durante la elaboración y posterior publicación del pliego de condiciones, puede beneficiarse a un proponente sobre otro, por medio de la elaboración fraudulenta del pliego de condiciones, elemento vital dentro del proceso de licitación pública, que con la inclusión de cláusulas y requisitos objetivos dentro del pliego de condiciones, se materializa el principio de transparencia.

Pero si este no es ejecutado de la forma idónea, existe una etapa procesal dentro del trámite de contratación pública, donde los interesados pueden realizar observaciones que propenden por la igualdad de oportunidades entre los oferentes y con esto garantizar la ejecución del principio de transparencia, esto *“se refiere al deber de establecer un término para que los interesados en la contratación puedan realizar observaciones y solicitar claridades respecto al proyecto y al pliego de condiciones definitivo, con la debida publicación de todos*

⁹¹ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera Edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P 46.

⁹² Ibid.

los actos administrativos que surjan en dicho proceso, con el fin de mantener informados a todos los interesados, en igualdad de oportunidades, es por ello que desde el derogado Decreto 2474 de 2008, continuando con en el Decreto 734 de 2012 y últimamente en el Decreto 1510 de 2013 se estipuló unos contenidos mínimos, tanto de los estudios previos que dan cuenta de la conveniencia y oportunidad de la contratación, como el pliego de condiciones, según los artículos 20 y 22 de la reglamentación vigente⁹³”.

En este aspecto la normatividad contractual vigente es precisa y contundente, al señalar esta fase de observaciones como elemento integro de proceso de contratación estatal, la cual no solo se debe desarrollar como un lleno a los requisitos procesales, por el contrario el legislador la prevé como el momento procesal donde los interesados pueden oponerse a las condiciones estipuladas en un pliego de condiciones, con el fin proteger los intereses particulares del oferente, y proteger el interés colectivo, al evitar el favorecimiento indebido a determinado contratistas.

Para los casos particulares del Estado Colombiano, la elaboración de pliegos de condiciones, arreglados e irregulares, es una práctica administrativa común, que desafortunadamente contraviene no solo al principio de transparencia como eje rector de la contratación, sino además desconoce las necesidades reales de la comunidad y con ello contraviene los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho.

Pero no solo dentro de la adjudicación del contrato y en la elaboración del pliego de condiciones puede presentarse el fenómeno de la corrupción. El maestro Cerrillo, citando a Castro Cuenca resalta las etapas de la contratación donde

⁹³ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 110

puede manifestarse la corrupción durante la adjudicación del contrato *y con ello el desconocimiento del principio de la contratación*, al respecto se menciona:

“en esta fase cinco situaciones que pueden ser la manifestación de corrupción: la contratación directa; la inexistencia de contrato o contratación indebida; el fraccionamiento de los contratos públicos; la variación en el curso del contrato a través de la utilización de la prerrogativa de la administración pública de modificar unilateralmente el contrato ius variandi; o la utilización arbitraria de las prorrogas⁹⁴”.

Es común dentro de la idiosincrasia colombiana y de América Latina, la aceptación de ciertos fenómenos de corrupción, donde lastimosamente aun la idea de aprovechar los puestos de más alta dignidad de un Estado en provecho propio, es por este motivo, que el momento de mayor facilidad para obtener lucro personal, es la contratación pública, debido a que en este evento se manejan con mayor discrecionalidad el patrimonio y el erario público. Desafortunadamente el desconocimiento de la moral y la ética pública es común, lo cual conlleva a la vulneración directa del principio de transparencia en pro de un beneficio personal. En este aspecto los jueces de la república, como protectores del interés colectivo, en especial el Consejo de Estado como máximo órgano del Estado dentro de la jurisdicción de orden administrativo, ha mencionado una serie de elementos que deben tenerse en cuenta con el fin de garantizar la aplicación concreta y directa del principio de transparencia dentro del proceso de selección del contratista por medio de la licitación pública, de esta forma en su jurisprudencia menciona que:

“El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o

⁹⁴ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 37.

condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración⁹⁵.

Siendo claro que la mejor forma de materializar el principio de transparencia dentro de la administración pública en particular, dentro de la contratación estatal, es la adjudicación de los contratos por medio de la licitación pública, la cual garantiza en mayor medida los principios consolidados y consagrados en la Constitución Política de 1991, además del derecho a la igualdad, el principio de la legalidad, el derecho a conocer la información pública, velar por los interés de la comunidad en general, a pesar de la existencia de otros medios de contratación, en los cuales es obligación del administrador no solo dar alcance a los criterios de transparencia, sino además garantizar la objetividad en la selección del contratista, sobre esto el Consejo de Estado ha manifestado:

“Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido⁹⁶”.

Dentro del proceso de contratación pública, el legislador a centrado su atención en garantizar la aplicación del principio de transparencia, no solo por medio de la creación de medios de selección del contratista que velen por la protección de los intereses de la comunidad, por medio de procesos y etapas

⁹⁵ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente (17767), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

⁹⁶ Ibid.

administrativas, que contribuyan a la ejecución de los fines esenciales del Estado. En consecuencia, la transparencia como principio rector de la licitación pública a cobrando gran relevancia, no solo porque este principio consolida y contiene todos los elementos por los cuales el Estado social se erige, sino además por que con este se puede proteger el erario público al momento de determinar y seleccionar el mejor oferente.

Cuando de contratación se trata, de acuerdo a la normatividad vigente, deben seguirse y cumplirse a cabalidad, cada etapa procesal establecida toda vez que con esta se ejecuta y se condensa el principio de transparencia. Es claro en la actualidad que:

“Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal⁹⁷”.

En conclusión, el principio de transparencia dentro del proceso de selección del contratista es de vital importancia, para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, el adecuado desarrollo de la función pública, la protección de los derechos fundamentales y la protección del interés colectivo. Su ejecución es obligatoria y no discrecional por parte del administrador o funcionario público, en todas las formas de selección del contratista.

Pero este principio adquiere otro alcance dentro del proceso de licitación pública, en donde toda actuación administrativa debe guardar no solo la moral

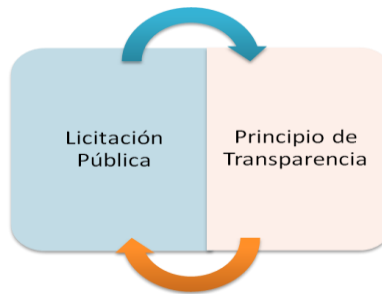
⁹⁷ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente (17767), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

pública, sino además claridad, celeridad y economía en todos los actos y procedimientos, sin desconocer la objetividad como elemento rector del proceso de contratación. La licitación pública es considerada en la actualidad dentro de la legislación Colombiana, como la forma principal para adquirir bienes y servicios por parte de la administración pública, ya que este medio de selección del contratista, es el más propio y adecuado para un modelo democrático participativo, como el implementado dentro de la Constitución pública. Es claro que la licitación pública, es la mejor forma de proveer bienes y servicios para el Estado, aunque *“La práctica ha demostrado que el procedimiento para adquisición de bienes, obras y servicios conexos que mejor garantiza al sector público los principios de economía, eficiencia y transparencia es el de licitación pública⁹⁸”*.

La licitación pública condensa y materializa de forma expresa y clara el principio de transparencia, además de esto fortalece temas como la competencia sana entre particulares y oferentes, generando de esta forma el fenómeno de libre competencia; genera condiciones de igualdad entre los diferentes proponentes (esto cuando el proceso de selección se ciñe a criterios objetivos y precisos), permitiendo igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos; fortalece el principio de publicidad, teniendo como finalidad que todos los interesados y los ciudadanos conozcan de forma completa los criterios de selección que se tendrán en cuenta y fortalecerá con esto a transparencia; además robustece el debido proceso, derecho de carácter constitucional, consagrado en nuestro ordenamiento legal⁹⁹.

⁹⁸ Correa, Isabel. Manual de licitaciones públicas. Instituto Latinoamericano y del caribe de Planificación Económica y Social. Primera edición. Santiago de Chile. 2002. P. 40.

⁹⁹ Ibid., Pp. 20 y 22.



Elaboración propia

Es menester comenzar a concebir la licitación pública, como sinónimo de transparencia dentro de la contratación pública, debido a que por esencia es la licitación pública la forma de selección del contratista donde es más evidente la transparencia del accionar de la administración pública. Por esto no puede concebirse un proceso de licitación pública, donde se omita la transparencia.

4. UN BINOMIO NO PERFECTO: TRANSPRENCIA Y LICITACION

El sistema legal colombiano, a pesar de sus avances legislativos en materia de contratación pública, ha concentrado sus esfuerzos en una lucha implacable contra la corrupción, fenómeno intrínseco dentro de la política nacional, la cual desde los tiempos del Libertador, ha aquejado a la República, como se mencionó de forma previa. En la actualidad el problema de la corrupción ha tomado un bum mediático, que principalmente ha afectado a la administración en materia de contratación pública, es común encontrar en las noticias funcionarios públicos, en especial políticos condenados por los despilfarros al erario público.

Particularmente el fenómeno de la corrupción en Colombia ha alcanzado niveles alarmantes en los últimos tiempos, tal vez por la cesación paulatina del conflicto armado, lo que ha permitido a la opinión pública, volcar su atención a los descalabros al patrimonio económico de la nación, cometidos desde los más altos

niveles jerárquicos de la política nacional, como hacia los pequeños contratistas del sector público.

Colombia lastimosamente es uno de los países del mundo e incluso de América con mayores índices de corrupción de esta forma *“en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) 2015 de Transparency International Colombia, obtiene un puntaje de 37 sobre 100 (siendo 0 mayor percepción de corrupción y 100 menor percepción de corrupción), exactamente la misma calificación del año anterior, ocupando el puesto 83 entre los 168 países evaluados¹⁰⁰”*, lo cual es evidencia el grave problema de corrupción en el que se encuentra el Estado nacional, por ende es menester del legislador y de las autoridades investidas con la facultad de investigación y juzgamiento, realicen todas la acciones tendientes a suprimir este virus que carcome al Estado de forma lenta pero paulatina.

Como previamente se ha aludido, la contratación pública, es el lugar donde de forma más fácil se evidencia la corrupción, esto debido a que en este proceso de la función pública, el administrador tiene mayor discrecionalidad para usar los recursos del erario público, en esta forma *“La contratación pública es un ámbito propenso a la aparición de casos de corrupción, así como a la percepción ciudadana de que existe corrupción¹⁰¹”*, por lo cual la sujeción de los procesos contractuales al principio de transparencia es obligatoria e imperiosa.

Dentro de la legislación colombiana, como estrategia fundamental para la lucha contra la corrupción, se estipuló e incluyó dentro de la Ley 80, una serie de criterios axiológicos de cumplimiento obligatorio que permitieran la reducción en la mayor medida de lo posible de la corrupción, además de servir como orientadores

¹⁰⁰ Así le fue a Colombia en el índice de percepción de corrupción. Revista dinero. Artículo del 28 de enero del 2016. Bogotá, Colombia. En línea (<http://www.dinero.com/actualidad/articulo/corrupcion-en-colombia-2015/218592>)

¹⁰¹ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2014. Pp. 45.

durante todo el proceso de selección de contratista, sirviendo como mecanismo auxiliar para la interpretación de la normatividad, siendo útiles para subsanar los vacíos normativos presentes, dentro del proceso de contratación pública, en especial un principio fundante el de la transparencia, el cual serviría de arma contundente contra la corrupción del Estado, al respecto el Consejo de Estado dice:

“En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, "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 estatuto¹⁰²”.

En este orden de ideas el principio de transparencia se erige como base fundante contra el problema de la corrupción del país dentro de la contratación pública, este toma su lugar durante cada etapa dentro de la selección del contratista. Ya desde la elaboración de los estudios previos, se manifiesta el principio de transparencia, al ser obligatorio la elaboración de documentos que certifiquen la real necesidad del proceso de contratación-documentos que debe ser publicado por regla general, salvo excepciones por Ley-; durante la etapa de elaboración del pliego de condiciones el principio de transparencia se materializa al dar publicidad y realizar una invitación de carácter general a toda la comunidad para que participe y se entere del proceso de selección; por otra parte durante la etapa de selección y adjudicación del contrato público, el principio de transparencia se relaciona con otorgarle publicidad a la selección, la cual por regla general debe ser adjudicada en audiencia pública.

¹⁰² Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente (17767), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

Como se ha resaltado en este documento el principio de transparencia se materializa por medio de la publicidad de las actuaciones, admite que el proceso administrativo sea público por mandato expreso de la Ley, permitiendo de esta forma la veeduría ciudadana, lo cual conlleva al ejercicio de control sobre las posibles irregularidades que puedan presentarse dentro del proceso de contratación pública.

En ese orden de ideas la transparencia por medio de la publicidad, desea eliminar cualquier actuación secreta que pueda dar origen a la aparición de corrupción dentro del proceso de selección y de contratación pública, estableciendo que la publicidad y el conocimiento general de la ciudadanía dentro del proceso de selección permite una mayor aplicación del principio de transparencia.

De esta forma lo señala el doctor Benavidez:

“El principio se manifiesta también a través de ciertas obligaciones de las entidades, contratantes que buscan eliminar la de la actividad contractual todo procedimiento secreto o confidencial¹⁰³”.

A pesar de los esfuerzos genéricos y arduos por parte del legislador para contrarrestar y combatir la corrupción, las soluciones legislativas, aun son precarias y enfocadas en temas superfluos que no garantizan la plena ejecución de principio de transparencia. Por lo cual aun la plena consolidación de la transparencia como arma contra la corrupción dentro de los procesos de contratación pública, en especial la licitación pública aun es endeble, precaria e insuficiente.

¹⁰³ Benavidez, José Luis, contratación estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado De Colombia. Bogotá-Colombia. P. 76.

Es común que las reformas legislativas en torno a la contratación estatal, se enfoque en generar procesos claros, precisos e inequívocos, de obligatorio cumplimiento, que rigen y controlen cada aspecto del proceso de selección, desde plazos, hasta formas, publicaciones, hasta términos son regulados. Dejando una sensación de ingenuidad del legislador o por el contrario una somnolencia esquivada referente al tema de la contratación, debido a que una reforma integral a la contratación pública enfocada en la transparencia y en la ausencia total del fenómeno de la corrupción, no debe basarse en aspectos procesales, sino por el contrario debe enfocarse en los elementos sustanciales que permiten el desarrollo del proceso contractual. En este orden de ideas el Doctor Jiménez menciona que:

“Cada vez que se piensa en una reforma a la Ley de contratación estatal, se piensa en dos cosas: más publicaciones, más plazos y más pasos, como si la solución a los problemas de corrupción estuviera en las normas o en los procedimientos, olvidando el que incluso la exageración de normas tienen en el fenómeno de la corrupción¹⁰⁴”.

La corrupción en términos generales, es la mayor amenaza a las democracias occidentales, en especial en torno a la contratación pública, esta se presenta en mayor o menor medida de acuerdo a las circunstancias socio-culturales de los Estados, es común que los países con más altos niveles de subdesarrollo y de analfabetismo, obtengan calificaciones mayores en torno al fenómeno de la corrupción, por el contrario países con más altos niveles de desarrollo carezcan de corrupción o esta se manifieste de forma menor o más esporádica.

¹⁰⁴ Jiménez Solarte Franco y Sánchez Cerón Alejandro. Análisis de la reforma a la contratación estatal y otros temas. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2007. P. 169

De esto no puede pretenderse que por ser un fenómeno socio cultural, no pueda ser erradicada dentro de la idiosincrasia de la comunidad. La corrupción debe ser erradicada dentro del Estado.

Como manifiesta la doctora Martínez *“la corrupción ha sido entendida como una problemática global en la que incide el tamaño del Estado¹⁰⁵”,* esta tiene mayor incidencia en unas naciones que otras, pero como ya se ha mencionado la corrupción *“no puede centrarse su análisis sólo desde la idiosincrasia de los pueblos debido a que sobre sus niveles de percepción inciden características que varían de acuerdo con la cultura y otros factores que influyen como el poder y el sistema político¹⁰⁶”.*

De esta forma mientras exista la corrupción en los Estado, la aplicación del principio de transparencia en la contratación, en especial en la licitación pública, siempre va ser endeble. Es común en el contexto colombiano la corrupción y la mala aplicación dentro de los procesos de selección del contratista por subasta pública, donde priman lastimosamente los sobornos, la adecuación de los pliegos de condiciones, el favorecimiento indebido de un contratista, las adiciones irregulares, la modificación de los plazos convenidos, y de la misma manera las irregularidades para satisfacer necesidades personales, en detrimento del interés público.

Es así que hasta tanto persista el fenómeno de la corrupción, el principio de transparencia se mantendrá como un elemento axiológico, del mundo del deber ser, con poca aplicación dentro de las circunstancias fácticas del Estado. Por eso es menester generar condiciones propicias para la supresión de la corrupción, y de esta forma lograr la plena consolidación del principio de transparencia, esto con

¹⁰⁵ Martínez Omaira. Corrupción y poder, un desafío a la gobernabilidad. Revista Comunicación, No. 26 p.p. 99 - 109 Medellín - Colombia. Enero-diciembre de 2009, ISSN 0120-1166. En línea <https://revistas.upb.edu.co/index.php/comunicacion/article/viewFile/6272/5757>

¹⁰⁶ Ibid.

el uso genérico obligatorio y publico de la licitación pública (aplicada de forma idónea, pública y objetiva), que a modo de ver del presente estudio puede ser la mejor herramienta para eliminar la corrupción dentro de la contratación pública.



Elaboración propia

5. CORRUPCIÓN Y PRINCIPIO DE TRASPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN EN COLOMBIA

Colombia es una República democrática y participativa, de acuerdo a lo establecido y catalogado dentro de la Constitución política de 1991, la cual además consagra una serie de principios fundamentales, que son los pilares del Estado Social de Derecho, entre los cuales se resalta la transparencia, la igualdad de oportunidades, participación y por supuesto debido proceso.

Estos 4 principios se erigen además como pilares fundamentales dentro de la normatividad de contratación pública vigente por lo cual deben ser tenidos en cuenta para cada uno de los procesos de selección del contratista. Pero el principio de transparencia, sobresale dentro de la contratación pública, por encima de los demás. Esto debido a su importancia, para la consolidación de los fines esenciales de la contratación y más allá para el cumplimiento de lo estipulado en nuestra constitución política.

Existiendo un problema fundamental que atañe directamente a la administración pública, en especial el sector de la contratación pública, esto debido a las grandes sumas de dineros estatales que se gastan anualmente para satisfacer las necesidades de las entidades gubernamentales, con el fin de satisfacer la demanda de bienes y servicios de la comunidad.

Para el caso colombiano, la corrupción es para muchos analistas políticos, el mayor problema de orden social, económico, cultural y político, que ataca de manera directa los cimientos del Estado. Es el impacto económico de la corrupción equiparable a la mitad del presupuesto nacional, en este orden de ideas, la corrupción se constituye como el mayor opositor para la consolidación de un verdadero Estado Social de Derecho.

Pero este problema de gran envergadura no solamente ataca la República, por el contrario este fenómeno parece abundante y común en todos los países subdesarrollados en especial los de América Latina y África, es así que *“Los efectos de la corrupción son tan graves que de acuerdo con el Índice de Percepciones de Corrupción 2003 de Transparency International, nueve de cada diez países en vías de desarrollo necesitan urgentemente de apoyo práctico para luchar contra la corrupción¹⁰⁷”*.

Este fenómeno para el caso de América latina es tan preocupante, que la voluntad política de las naciones se unió de forma unánime para el caso Interamericano, la cual se condensó en la Convención Interamericana contra la corrupción, donde las diferentes naciones articulaban sus esfuerzos para poder erradicar este fenómeno tan ligado al subdesarrollo. El profesor Martínez menciona sobre este tema que:

¹⁰⁷ Martínez Edgar y Mora Juan. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, P. 148-162 Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia. en línea Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001512>

“La corrupción como tema ya empieza a ser preocupación de la cooperación internacional, en el ámbito continental se expidió la Convención Interamericana contra la Corrupción, promulgada con base en el convencimiento de que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral, y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”, y por lo tanto, debería tenerse presente que: “para combatir la corrupción, es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad¹⁰⁸”.

Pero previo a realizar un estudio acucioso a este problema de tan alto talante dentro de los diferentes gobiernos debemos tratar de encontrar una definición precisa para el presente estudio. Este tiene su origen dentro del vocablo latino *corruptio*, compuesta por las palabras latinas “con” el cual es sinónimo de la palabra junto, por otra parte “*rumpere*” la cual hace alusión al verbo hacer pedazo, y por último la palabra latina “*tio*”, la cual debe ser entendida como acción y efecto. En este orden de ideas la corrupción desde su significado etimológico debe ser entendida como la acción o el efecto de depravar o corromper¹⁰⁹. Esta corrupción en el ámbito público hace mención al abuso del poder y de las funciones delegadas, para satisfacer provechos o intereses propios u obtener ventajas ilegales e ilegítimas, en detrimento del interés colectivo.

Esta también es definida como:

¹⁰⁸ Martínez Omaira. Corrupción y poder, un desafío a la gobernabilidad Revista Comunicación, No. 26 p.p. 99 - 109 Medellín - Colombia. Enero-Diciembre de 2009, ISSN 0120-1166. En línea <https://revistas.upb.edu.co/index.php/comunicacion/article/viewFile/6272/5757>

¹⁰⁹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua Española. Edición 23. Madrid España. En Línea <https://books.google.com.co/books?id=HufiCwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=diccionario+real+academia+espa%C3%B1ola&hl=es&sa=X&sqi=2&pj=1&ved=0ahUKEwi3xM6otPXSAhVK7SYKHWDBCqIQ6AEILzAE#v=onepage&q=diccionario%20real%20academia%20espa%C3%B1ola&f=false>

“(...) la desviación del poder o el enriquecimiento injusto, la mala gestión dolosa, la violación de un deber posicional, el desobedecimiento de las pautas que regulan la actividad pública con el fin de satisfacer intereses personales, la desviación de los deberes normales, de una función o cargo público o la violación de las reglas del ejercicio de cierto tipos de influencia privada¹¹⁰”.

Por otra parte el Profesor Cerrillo especifica define corrupción, citando a la OCDE que la precisa como *“el abuso del poder confiado a un determinado agente para obtener ganancias privadas¹¹¹”*, dentro del sector público es común que los funcionarios gubernativos, en detrimento del interés colectivo, en especial en los países subdesarrollados usen su poder de forma ilegítima, para favorecer a determinados contratistas, lo cual ha tomado mayor notoriedad pública en los últimos años, lo cual no implicaba la ausencia de la corrupción, sino por el contrario el desconocimiento de las consecuencias y el impacto de la misma.

Esta contrariedad que ataca directamente a la sociedad colombiana y es bastante común dentro de la política nacional, por lo cual este problema se ha elevado en la actualidad como la principal dificultad del Estado Social de Derecho en Colombia, relegando el problema de la seguridad a un segundo plano, debido a los recientes acontecimientos históricos como la suscripción de la paz y la desmovilización de algunos grupos al margen de la Ley.

Estos sucesos han permitido volcar la atención pública al problema de la corrupción, de esta forma una serie de informes que muestran la realidad económica y social del país, han demostrado de forma alarmante el impacto que tiene la corrupción en el país, sumado a filtración o riesgo de la misma, que poseen los municipios y entidades regionales del país, es así que para *“el 2005, el*

¹¹⁰ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 37.

¹¹¹ Ibid., p. 37.

informe de Transparencia Internacional en Colombia, reveló que el 48% de las entidades regionales se encontraban en riesgo de corrupción¹¹², lo cual evidenciaba la debilidad del aparato estatal, para controlar esta problemática.

Ya en materia de contratación pública, a pesar de los inminentes esfuerzos por parte del legislador para contrarrestar el fenómeno de la corrupción, y de la inclusión de mejores y más eficaces mecanismos para la selección del contratista, el nivel de deterioro de las instituciones públicas, permitía el uso indebido de formas como la licitación pública para el provecho de intereses particulares, esto quedó demostrado en un informe de Transparencia Colombia, la cual en uno de sus apartes menciona que *“un área específica de las contrataciones en las cuales se presentan sobornos es en la definición de los términos de referencia, llegándose a encontrar pliegos de condiciones casi hechos a la medida de un determinado proponente¹¹³”*. Pliegos de condiciones que permitían beneficiar de forma indebida a los contratistas dejando en vulneración flagrante los principios de objetividad, moral pública e igualdad de condiciones, y más que nada atacando el principio rector de la contratación estatal, el principio de transparencia.

A pesar de los esfuerzos legislativos recientes, de incluir mayor publicidad de las actuaciones administrativas en cumplimiento del principio de publicidad, además de la necesidad imperiosa dictar los actos administrativos dentro del proceso de contratación estatal, el deterioro institucional no permitía de ninguna forma la consolidación de medidas eficaces para combatir la corrupción.

¹¹² Martínez Omaira. Corrupción y poder, un desafío a la gobernabilidad. Revista Comunicación, No. 26 p.p. 99 - 109 Medellín - Colombia. Enero-diciembre de 2009, ISSN 0120-1166. En línea <https://revistas.upb.edu.co/index.php/comunicacion/article/viewFile/6272/5757>

¹¹³ Martínez Edgar y Mora Juan. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, pp. 148-162 Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia. en línea Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001512>

Con Posterioridad la inclusión de la motivación de las actuaciones, la cual dispone *“la obligación general de motivación de todas las decisiones concernientes a la actividad contractual¹¹⁴”*, la reducción en los índices de corrupción no tuvo el resultado esperado, por el contrario los niveles de corrupción se mantienen con variaciones porcentuales ínfimas, que reflejan la realidad de un país subdesarrollado.

Pero el problema de la corrupción radica principalmente en la debilidad estatal frente a ciertos grupos económicos y políticos, los cuales utilizan al Estado como mecanismo para beneficio personal y provecho propio, como se mencionó de forma precedente, es en la contratación estatal en donde se obra con mayor discrecionalidad con los recursos públicos.

El profesor Martínez respecto de la corrupción menciona que:

“el monopolio que aún existe para la prestación de ciertos servicios por parte del Estado genera un acaparamiento del poder, debido a la falta de transparencia y disponibilidad en la información de ciertos procedimientos que contribuyen a dificultar la claridad y la acción objetiva de los funcionarios públicos y que, al mismo tiempo, facilita la extracción de sobornos de aquellos que necesitan hacer uso de algún servicio, debido a la implementación de excesivas regulaciones en los trámites¹¹⁵”.

Es claro que el origen principal de la corrupción son los intereses particulares los cuales colisionan o son opuestos en la mayoría de los casos a los intereses colectivos. Dentro de la corrupción prima la individualidad sobre el

¹¹⁴ Benavidez, José Luis, contratación estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado De Colombia. Bogotá-Colombia. P. 76.

¹¹⁵ Martínez Edgar & Mora Juan. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia. en línea Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001512> P. 148

colectivo, por ende siempre el funcionario público, motivado a la realización de actuaciones corruptas, busca utilizar su posición de poder en provecho de si mismo, por lo cual es común la práctica de sobornos y de otorgamiento de dadivas, para consolidar la adjudicación de un determinado contrato. Es este conflicto de intereses el que eventualmente y de forma inequívoca conduce al surgimiento de la corrupción, es por esto que *“Los conflictos de intereses que no son gestionados adecuadamente pueden generar casos de corrupción¹¹⁶”*.



Elaboración propia

De otra parte, es por mandato imperativo –de la norma como solución a la corrupción estatal- que el uso de las modalidades de selección proscritas en la norma debe realizarse, dejando de esta forma el proceso de contratación debidamente reglado, por esto la legislación colombiana *“ordena seleccionar al contratista previo agotamiento de las modalidades de contratación establecidas en la Ley, tales como licitación, selección abreviada concurso de méritos, mínima cuantía o contratación directa¹¹⁷”*, no puede existir un contrato público que no llene los requisitos procesales administrativos establecidos dentro del marco de la legislación contractual pública, y de existir este está viciado de nulidad absoluta.

¹¹⁶ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 36.

¹¹⁷ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 111

Para el particular caso colombiano, la corrupción se encuentra arraigada a nuestro sistema administrativo, lastimosamente la legislación es insuficiente, y los niveles de impunidad contra los delitos de la administración son alarmantes, siendo apenas condenados 2 de cada 10 funcionarios, lo cual deja no solo en entredicho el sistema judicial, sino además la cultura administrativa del país, es bien sabido que para muchos políticos, en especial los cargos de alta dignidad, son vistos como mecanismos para cumplir con los fines personales y propios, esto siempre en detrimento del interés general, contraviniendo de forma directa los fines consagrados en el Estado Social.

Por lo cual el doctor Cerrillo señala:

“en términos generales podemos observar que las causas de la corrupción, como sus efectos son contextuales, superando la mera relación entre corruptor y corrupto, y se fundan en el sistema institucional de cada país, en su cultura administrativa, en su nivel de desarrollo y también en su historia¹¹⁸”.

La corrupción lastimosamente se encuentra arraigada en nuestra cultura administrativa, lo cual dificulta de manera alarmante la protección de los intereses colectivos y de los pilares del Estado Social. En menester recalcar la voluntad del legislador, para proteger los intereses de la colectividad, al buscar la finalidad de establecer dentro de la normatividad un principio –el de transparencia- que actuará para la moralidad pública y el erario público.

La selección del contratista mediante el procedimiento administrativo de licitación pública en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece las reglas y etapas por las cuales se rige el mecanismo de selección para la licitación pública,

¹¹⁸ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 40.

siendo estas de estricto cumplimiento. Dicho artículo definió la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades -artículo 13 C.P.-, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable para los fines perseguidos por la administración¹¹⁹.

Es así que la Ley 80 de 1993, en el proceso de selección de la licitación pública está sujeta a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y *selección objetiva* -artículos 24 y ss.-. Para los cuales la jurisprudencia, le han aportado los principios de legalidad, igualdad, libertad de concurrencia, debido proceso, derecho de defensa, contradicción, buena fe, responsabilidad, prevalencia del derecho sustancial e interés público. En la etapa precontractual que adelanta la entidad pública del Estado se constituye en un típico procedimiento administrativo y está sujeto a los principios orientadores para el desarrollo de la función administrativa de moralidad, economía, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

El principio de selección objetiva -previsto el artículo 29 de la Ley 80 de 1993; hoy artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, siendo uno de los más importantes de la contratación pública, como quiera que busca garantizar la escogencia de la oferta más favorable para la entidad pública del Estado y el interés público implícito en la actividad de la administración, mediante esta selección puntual, impidiendo una contratación cimentada en la motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de

¹¹⁹ Sayagués, Lasso. Tratado de Derecho Administrativo, 8 edición, 2002, p. 543 -en una noción próxima a la definición legal enunciada- afirma que “*consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas en (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones*”.

selección se honran los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad¹²⁰.

La adjudicación de los contratos estatales se somete al procedimiento reglado, que se inicia con la invitación abierta por parte de la administración para que los interesados en contratar presenten propuestas, entre las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman: Estudios técnicos, jurídicos y financieros, planos, anteproyectos y proyectos, estudio de oportunidad y conveniencia, elaboración de los pliegos de condiciones, disponibilidad presupuestal, información a la cámara de comercio, resolución de apertura; publicidad -avisos-, apertura, audiencia de aclaración, cierre del plazo; evaluación de propuestas, traslado de los informes de evaluación, adjudicación y firma del contrato.

El pliego de condiciones en la licitación pública es de vital importancia para garantizar los principios y valores constitucionales que la selección objetiva se compromete y realiza, la ley establece los requisitos que la convocatoria y el proceso de licitación deben cumplir. Estos son: la elaboración de una propuesta pública que contenga los presupuestos y exigencias a los que los llamados deberán sujetar sus ofertas de manera objetiva, justa, clara y completa que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia transparente y eviten las declaratorias de desierta de la licitación. Se establecen las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato¹²¹. En general descritos a todos los aspectos que los ofertantes deben conocer y la entidad valorar en disposición a garantizar la mejor propuesta presentada.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de diciembre de 2007, procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹²¹ Artículo 24 numeral 5 en armonía con los artículos 25 numeral 3 y ss.; 26 numerales 1 y 3, 29 y 30 numeral 2, entre otros, de la Ley 80 de 1993.

El proceso de contratación pública se inicia con un acto prenegocial de los requerimientos esenciales y necesarios en forma de cláusulas predispuestas, con efectos vinculantes, elaborados por la administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y señalar el marco del contrato ofrecido a los interesados en participar. Es así que quienes aspiran a participar para ser beneficiados con la adjudicación y de esta forma colaborar en la realización del fin general perseguido, como se ha indicado ofrecer las plenas garantías a los oferentes, todo esto en orden a que el proceso, la adjudicación y la ejecución respondan a las previsiones constitucionales y legales.

Por consiguiente, la entidad estatal, de manera previa a ordenar la apertura del proceso de licitación pública, como lo describe la doctora Stella Conto Díaz: “el objeto y cuantía del contrato, debe fijar las condiciones: (i) el objeto del proceso de selección, las especificaciones técnicas y las condiciones de costo, calidad y cantidades de los bienes, obras o servicios necesarios; (ii) las calidades y los requisitos que, en forma proporcional con el objeto definido, serán exigidas a los interesados en participar, esto es, las condiciones de experiencia, capacidad técnica y de solvencia económica necesarias para la escogencia de un contratista idóneo en el suministro de los bienes y servicios requeridos por la entidad pública y (iii) los criterios de selección o factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, calidad, precio, capacidad financiera etc. de acuerdo con lo dispuesto en la ley según el tipo de proceso de selección. Se trata, de una parte, que los interesados conozcan a qué se comprometen y, de otra, que la entidad transmita los requerimientos necesita para así, previa valoración de cada ofrecimiento, determinar, acorde con los factores conocidos, en cuanto previamente señalados, la mejor oferta”¹²².

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30 de julio de 2015, proceso número 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942), C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo.

Ahora, respecto al contenido de los pliegos, es factible recordar que se integran tanto con la normatividad constitucional como con la legal de los procesos licitatorios, estos no pueden ser distintos al acto administrativo en donde se establece la normatividad pertinente al caso, además de las reglas técnicas con las que se va a dar inicio, tanto económicas, como financieras a las que se sujetan tanto la administración como los oferentes, durante el proceso de formación de la voluntad contractual y de su ejecución en el futuro negocio jurídico estatal. De aquí que el pliego de condiciones se constituya en la ley del proceso de la licitación pública y del contrato, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Dando de esta forma un carácter de vinculante y obligatorio del mismo que implica la inalterabilidad de las condiciones esenciales y necesarias para su buen desarrollo, con el fin de garantizar la libre concurrencia e igualdad de los oferentes.

Como consecuencias de su desconocimiento, dentro del proceso de licitación pública no opera la discrecionalidad de la administración. Desde sus inicios, está la convocatoria, se rigen por los principios ya señalados entre los que se destaca la selección objetiva. Esto indica que a la administración no le está permitido actuar de cualquier a su antojo, esto es invitar sin puntualizar los supuestos obligatoriamente comprendidos, como realizar la previa separación de los criterios o factores de escogencia previamente determinados en las condiciones y de obligatorio cumplimiento.

Los factores de escogencia, la ponderación precisa, detallada y concreta de lo ofrecido, presentada en la oferta que resulta ser la más favorable para la entidad pública del Estado. De donde, si no llegara a actuar en consecuencia, los derechos del oferente mejor calificado tendrán que ser restablecidos; empero para que el proceso licitatorio llegue a un feliz término, el pliego deberá sujetarse a los principios ya relacionados anteriormente, de manera que la evaluación técnica

permitirá adjudicar al mejor oferente y el contrato satisfaga, las necesidades del servicio.



Fuente: <http://transparenciacolombia.org.co/informe-anual-2016/>

Para finalizar, el Gobierno Nacional publica el índice de transparencia para el periodo 2013 al 2016 afirmando que se había presentado una disminución en los riesgos de corrupción, por lo cual se respalda en legislación y los efectos positivos de la misma para combatir este flagelo en particular; “el Gobierno Nacional promovió legislación anticorrupción que ha mostrado efectos positivos, como el Estatuto de Participación Ciudadana (2015), la Ley Antisoborno (2016), la Ley Anticontrabando (2016), el Decreto - Ley Antitrámites (2012), y la reforma al régimen de contratación con las entidades sin ánimo de lucro (2017) ¹²³”. Con las estrategias de transparencia se busca evitar la corrupción y el despilfarro del erario público de los colombianos.

¹²³ Según Índice de Transparencia, el Gobierno Nacional disminuyó los riesgos de corrupción del año 2013 al 2016. En línea <https://C:/Users/admin/Downloads/comunicadoindexedetransparencia-17.pdf>

PROPUESTA

Los principales inconvenientes a la hora de aplicar la transparencia dentro de la licitación pública radican en los funcionarios públicos encargados del proceso de selección de contratista, como se mencionó es común la existencia de pliegos de condiciones arreglados, estudios previos insuficientes o poco serios, además de favorecimientos indebidos para la celebración de contratos estatales, también se presentan vicios dentro del proceso de selección y dificultades a la hora de adjudicación del contrato. Lo cual lleva consigo de forma irremediable de una u otra manera un detrimento patrimonial para el erario público o una pérdida de confianza en la administración. El problema además aumenta debido a que la *“la corrupción lleva a menores niveles de inversión, productividad y además desincentiva la circulación de capital y la inversión extranjera¹²⁴”*, es necesario resaltar que estas desventajas dificultan la salida del país del subdesarrollo.

Es necesario realizar una ponderación dando primacía al principio debido a que para el caso concreto de la contratación pública los principios buscan proteger el interés colectivo. Al respecto la Doctora Bertha Rosero menciona:

“En el evento que un principio riña con una regla, se debe aplicar de preferencia el principio, pues éste se mantiene en el tiempo, es perdurable, en tanto que la regla es cambiante, se puede modificar por ser una regla de conducta¹²⁵”.

¹²⁴ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 41.

¹²⁵ Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la U, 2014. P. 105

Otro desafío que se presenta a la hora de implementar el principio de transparencia es la dificultad de controlar cada actuación contractual que se desarrolle en el Estado, lo cual por su tamaño dificulta tener un control absoluto, este problema permite que los vacíos sean aprovechados por los operadores públicos, para de esta forma sacar provecho de la ausencia de control. Es así que citando a los doctores Rose –Ackerman y Treux, Cerrillo manifiesta que “*la corrupción es un delito de oportunidad dondequiera que exista la oportunidad de una ganancia privada*¹²⁶”, ya que este solo toma lugar cuando se ejecuta la contratación.

Para poder fortalecer la contratación pública es necesario la implementación de técnicas y procesos que consoliden los fines esenciales del Estado, “*Por lo tanto, publicidad y transparencia de los actos administrativos del Estado como también el secreto o reserva de aquellos, cumplen una importante labor estratégica a la hora de tomar decisiones gubernamentales como herramientas necesarias en todo lo concerniente a la defensa de la Nación*¹²⁷”.

Es deber del Estado garantizar la transparencia dentro de todas las actuaciones en especial velar por la protección de los intereses colectivos dentro del proceso de contratación pública, por lo cual es necesario otorgar plena publicidad a las actuaciones, democratizar la contratación pública, descentralizar las actuaciones contractuales.

Debe implantarse un régimen de profesionalización del servicio en materia de contratación, establecer requisitos mínimos profesionales para los cargos de elección popular, además de carreras relacionadas con las funciones a

¹²⁶ Cerrillo Martínez, Agustí. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014. P. 41.

¹²⁷ San Martín Barraza Alejandro. El Principio de Transparencia y Publicidad de los Actos de la Administración del Estado y los Secretos de la Defensa. En línea. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/9-san-Mart%C3%ADn.pdf>

desempeñar, no puede continuarse con el sistema clientelista y corrupto, que solo ocasiona perjuicios al funcionamiento del Estado.

Promover una reforma constitucional que empodere al ciudadano como sujeto activo dentro de los procesos de contratación bien sea como veedor público o como controlador del proceso de selección, y que este puede participar dentro de los procesos de contratación, no como postor sino por el contrario como guarda y vigía del interés público. Pero el ciudadano debe ser seleccionado de forma aleatoria, tal como eligen a los jurados electorales, pero de una base de datos de personas con las capacidades técnicas, profesionales e intelectuales para desarrollar dicha labor.

Para evitar la realización de pliegos de condiciones a medida, se debe fortalecerse los filtros al interior de la entidad pública del Estado, encargada únicamente de crear los pliegos de condiciones dentro de cualquier proceso de contratación apoyándose en la agencia de Colombia compra eficiente, retomando esta función de la periferia nuevamente al centro, pero la elaboración del pliego, debe realizarse por pedido de la entidad que necesite contratar, adjuntando los estudios previos para la elaboración del pliego de condiciones, la cual deberá ser hechas por profesionales y técnicos especialistas en cada tema en específico que garanticen la objetividad de las condiciones y la protección del principio de buena fe.

Es menester una reforma legislativa en el ámbito de la contratación gubernamental, en especial para la licitación pública, la cual no debe centrarse en plazos o prorrogas – como erróneamente se vienen realizando-, por el contrario centrarse en aspectos de participación, democracia y elementos sustanciales, mayores sanciones penales, mayor celeridad en el proceso sancionatorio y un poder especial que permita a los ciudadanos controlar de forma directa y sin intermediación la contratación, los pliegos de condiciones y las condiciones de los

oferentes, además de establecer un límite para los contratistas, imponiendo un máximo de contratos en cabeza de un oferente, permitiendo de esta forma la democratización de la contratación estatal y reduciendo la posibilidad de favorecimientos indebidos, la creación de monopolios y carteles de la contratación –como ocurre en la actualidad-.

Es necesario además crear conciencia dentro de los operadores públicos encargados de la ejecución de los procesos contractuales, al establecer prioridad a la aplicación de los principios incluso sobre la normas, esto debido a que con el principio de transparencia se propende por la protección de los intereses públicos. Para poder afrontar de manera idónea la corrupción, como parásito y virus, que ataca de forma inminente las bases mismas del Estado Social Colombiano es necesario la utilización de una serie de políticas públicas y de legislaciones tendientes a la consolidación del principio de transparencia.

Finalmente, como se ha concebido la corrupción dentro del Estado, es impensable continuar con reformas al régimen de contratación centrada en términos y publicidad, es menester acudir a reformas legales de fondo, es imperioso dejar de continuar descentralizando funciones de contratación a ciertos funcionarios de menor rango, esto debido a las circunstancias socio culturales de nuestro país, donde la corrupción brota.

CONCLUSIONES

A partir de la revisión filosófica de la noción de principios se constató el carácter no taxativo de los principios, en razón a que estos responden a lineamientos facticos, sociales, filosóficos, éticos y políticos de los Estados, sobre todo los regímenes constitucionales o constitucionalizados; por tanto no es posible establecer un catálogo de los principios, en razón a que dependen de los casos en concreto en donde se desarrollan y para los cuales se exige la aclaración conceptual en la determinación del caso en el que se aplica. Por tanto, los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas toda vez que establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento.

El principio de transparencia, se constituye en una herramienta para el cumplimiento de los fines del Estado, garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de los contratistas, mediante el procedimiento de la licitación pública. Sin embargo este no debe ser visto como una regla sino más bien como un valor implícito de los asociados y con especial atención de la entidad pública del Estado y de los contratistas, y no siendo una imposición o sanción a su vulneración por parte de alguno de ellos como se observa.

Ahora bien, el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se materializa entre otros en la obligación de escoger el contratista previo el agotamiento de un proceso de selección objetivo, donde la licitación pública cuyo objeto es la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, se presenta como la regla general. Por tanto el pliego de condiciones recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio

como la posterior relación contractual. Razón por la que los pliegos de condiciones deben dar cuenta de los criterios de selección y la forma de evaluarlos, en condiciones de objetividad, igualdad y transparencia.

BIBLIOGRAFIA

1. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
2. Alexy. Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Ediciones Universidad de Navarra. 1969 Capítulo 3.
3. Aristizábal, Gabriel. Derecho administrativo y contratación estatal. Cuarta edición. librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014.
4. Así le fue a Colombia en el índice de percepción de corrupción. Revista dinero. Artículo del 28 de enero del 2016. Bogotá, Colombia. En línea (<http://www.dinero.com/actualidad/articulo/corrupcion-en-colombia-2015/218592>)
5. Bechara, Abraham, Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy, En SABER, CIENCIA Y Libertad ISSN: 1794-7154, Pág. 67.
6. Bejarano, Roncancio Jhon. Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. capítulo 2 antecedentes y principios de la contratación pública. Universidad Nacional de Colombia 2009. (en línea) <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>.
7. Benavidez, José Luis, contratación estatal. Entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Universidad Externado De Colombia. Bogotá- Colombia.
8. Cerrillo Martínez, Agustì. El principio de la integridad en la contratación pública. Primera edición. Editorial Aranzadi, Pamplona. 2014.
9. Congreso de la República De Colombia. Ley 1712 del 6 de marzo 2014. Diario oficial. Bogotá, Colombia. 2014.

10. Congreso de la República. Colombia *Ley 80* (28 octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario oficial. Bogotá, 1993. No 41.094 art. 23
11. Congreso de la República. Ley 1150 del 2007. Gaceta oficial. Numeral 2 articulo 2.
12. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo Sección Tercera. C.P.: Daniel Suarez Hernández. Expediente No. 12.344. Bogotá. Colombia
13. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de octubre 1 del 2014. Expediente 34.778. C.P.:_ Hernán Andrade Rincón
14. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente (17767), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.
15. Consejo De Estado. Sección tercera. Sentencia del 31 de marzo de 2005. Expediente AP-2002-2739-01, C.P. Hernández Enríquez Alier.
16. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) Acumulados. 3 de diciembre de 2007
17. Constitución Política de Colombia. Diario Oficial. Bogotá Colombia. Acto legislativo 02 del 2015.
18. Correa, Isabel. Manual de licitaciones públicas. Instituto Latinoamericano y del caribe de Planificación Económica Y Social. Primera edición. Santiago de Chile. 2002.
19. Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Córdoba Triviño Jaime.
20. Colombia Compra Eficiente; <https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente>
21. Davila, Vinuesa, Luis. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Legis editores. Bogotá. 2016.
22. Decretos del Libertador. Publicaciones de la Sociedad Bolivariana de Venezuela, Tomo I (1813-1825) Imprenta Nacional, Caracas, 1961.

23. Dromi, Roberto. Licitación pública. Editorial Ciudad Argentina. Cuarta edición. Argentina. Buenos Aires 2010.
24. Dromi, Roberto. Licitación pública. Segunda edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995.
25. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, segunda edición. 1977 PP. 65.
26. El Tiempo. El escalafón del riesgo de corrupción en Colombia Estas son las contralorías regionales, gobernaciones y alcaldías con mayor y menor riesgo de corrupción. En línea <http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/corrupcion-en-colombia/15798518/1/>.
27. En Colombia, sólo uno de cada cuatro corruptos paga cárcel. Portafolio. 18 de agosto de 2016. En línea <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/indice-de-corrupcion-en-colombia-2016-499663> Ultima Visita 28/02/2017
28. Fandiño Gayo Jorge. Modalidades de selección en el contrato estatal. Primera edición. Editorial Leyer. Bogotá 2012.
29. Güecha Medina, Ciro Nolberto. Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. Segunda edición. Editorial Ibáñez. Bogotá.
30. Jiménez Solaete Franco y Sánchez Cerón Alejandro. Análisis de la reforma a la contratación estatal y otros temas. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2007.
31. Martínez Edgar y Mora Juan. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006, pp. 148-162 Universidad Autónoma de Bucaramanga Bucaramanga, Colombia. en línea Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001512>
32. Martínez Herrera, Daneyi Y González Salguero, Edison. Tesis para maestría en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2004,

33. Martínez Omaira. Corrupción y poder, un desafío a la gobernabilidad. Revista Comunicación, No. 26 p.p. 99 - 109 Medellín - Colombia. Enero-Diciembre de 2009, ISSN 0120-1166. En línea <https://revistas.upb.edu.co/index.php/comunicacion/article/viewFile/6272/57>
34. Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2005. Bogotá.
35. Rodríguez, Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2015.
36. Palacio Hincapié, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014.
37. Palacio Hincapié, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Primera edición. Ediciones doctrina y Ley. Bogotá. 2008.
38. Pino Ricci Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
39. Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Auditoría General de la República Circular conjunta 014. Contratación directa – Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 causales urgencia manifiesta y contratos interadministrativos. Junio 1 del 2011.
40. Rave Aristizábal, Gabriel. Derecho administrativo y contratación estatal. Cuarta edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2013.
41. Rave Aristizábal, Gabriel. Derecho administrativo y contratación estatal. Cuarta edición. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2013.
42. Real Academia De La Lengua Española Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk> [En línea]
43. Rico Puerta, Luis Alfonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Novena Edición. Editorial Leyer, Bogotá, D. C. – Colombia, 2015,
44. Rodríguez De La Rosa Luis Gabriel. El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la

libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos.
Revista Ciencias Humanas - Volumen 9, No. 1. Julio-diciembre de 2012.
ISSN: 0123-5826. En línea
<http://revistas.usb.edu.co/index.php/CienciasHumanas/article/view/1746/1520>

- 45.** Rodríguez Tamayo, Mauricio. Los contratos estatales en Colombia. Segunda edición. librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia, 2014.
- 46.** Rosero, Bertha. Contratación Estatal Manual teórico –práctico. 2ed. Bogotá. Ediciones de la u, 2014.
- 47.** Sayagués, Lasso. En Tratado de Derecho Administrativo, 8 edición, 2002
- 48.** San Martín Barraza Alejandro. El Principio De Transparencia Y Publicidad De Los Actos De La Administración Del Estado Y Los Secretos De La Defensa. En línea. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/9-san-Mart%C3%ADn.pdf>
- 49.** Según Índice de Transparencia, el Gobierno Nacional disminuyó los riesgos de corrupción del año 2013 al 2016. En línea <https://C:/Users/admin/Downloads/comunicadoindexedetransparencia-17.pdf>

ANEXO 1

SENTENCIA T- 406 DE 1992
MAGISTRADO PONENTE, REFERENCIA EXPEDIENTE, ACCIONANTE Y ACCIONADO.
Ciro Angarita Barón, Expediente T-778, José Manuel Rodríguez R., Tribunal Administrativo de Bolívar.
PATRÓN FÁCTICO
<ul style="list-style-type: none">• En 1991 se inicia por parte de las empresas públicas de Cartagena la construcción del servicio de alcantarillado.• Tras un año de obras y sin que estas concluyeran se pone en funcionamiento el alcantarillado de la ciudad. Situación anterior que generó el desbordamiento de aguas negras y la afectación a barrios donde la obra no había culminado.• Se han presentado varios requerimientos a la entidad con el fin de agilizar la finalización de las obras a lo cual no ha habido respuesta.• Se busca que el tribunal administrativo del bolívar atienda la situación y obligue a la terminación de la obra o a medidas que protejan a la población afectada en su derecho a un medio ambiente sano.• El tribunal administrativo del Bolívar luego de inspecciones judiciales procede a proferir un fallo en el cual se desconocen los derechos del accionante, el cual se basa en la incompetencia del mismo en conocer la tutela interpuesta toda vez que no se habla de derechos fundamentales y que no establecen los criterios básicos de la acción de tutela.
PROBLEMA JURÍDICO
¿Es procedente la acción de tutela contra derechos constitucionales que no estén enmarcados dentro de los derechos fundamentales del Capítulo I del título II?

OBITER DICTA

Sentencia considerada una de las más importantes a nivel de derechos fundamentales y principios. En ella la corte establece dos temas de gran importancia en primer lugar la conceptualización del Estado de derecho y en segundo lugar el análisis, alcance y delimitación de los derechos fundamentales.

Tratándose del Estado de derecho la corporación establece los principios y valores como una de las características principales del mismo *“Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.”*¹²⁸

Al respecto la corte hace una breve diferenciación entre principios y valores estableciendo los primeros como de aplicación inmediata y de un grado mayor de especificidad que los valores toda vez que estos establecen lineamientos tanto axiológicos como políticos que enmarcan una sociedad lo que genera que el grado de interpretación de los mismos sea mínimo en comparación de los valores que son mucho más generales.

Los principios según la corte están dotados de aplicación obligatoria e inmediata basados en el artículo 4 de la misma, pero no siempre los principios son suficientes cuando se trate de aplicarlos al caso en concreto por lo cual es necesaria la aplicación normativa de igual medida. Se establece que los principios constitucionales nunca pueden ser desconocidos ni por una norma ni por otro principio, pero este puede ir acompañado de la aplicación de normas constitucionales para la toma de decisión de un caso en concreto.

La corte establece que *“Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la*

¹²⁸Colombia, Corte constitucional, Sala de revisión, Sentencia T- 046 de 1992.

forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser...”¹²⁹

En síntesis, la corte establece que los principios y valores ya no tienen la misma dimensión o peso en el ordenamiento jurídico que antes ya que estos se han convertido en elementos principales en la interpretación de la norma jurídica. Lo anterior debido a la evolución del Estado de derecho en el cual se hizo imposible acomodar todas las situaciones fácticas a la normatividad existente a lo cual el uso de principios ha resultado más favorable para la seguridad jurídica, al respecto la discrecionalidad del juez constitucional juega un papel de suma importancia en las mismas ya que es este el encargado de su correcta interpretación y aplicación.

RATIO DECIDENDI

Se revoca la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, toda vez que se considera la aplicación del derecho a un medio ambiente sano y salud como conexos al derecho a la vida como derecho fundamental y que por ende adquieren carácter de fundamentales por lo cual no se puede desconocer el derecho de los ciudadanos por una discrepancia formal. Además, se obliga a la empresa encargada de la construcción del alcantarillado acabar las obras en un

¹²⁹ Colombia, Corte constitucional, Sala de revisión, Sentencia T- 046 de 1992.

tiempo razonable de 3 meses y la mitigación del daño mientras esta está en proceso.

SENTENCIA C-309/97

MAGISTRADO PONENTE, REFERENCIA EXPEDIENTE, ACCIONANTE Y ACCIONADO.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Expediente: D-1511, Eduardo Henao Hoyos, Artículo 178 del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 1º del Decreto 1809 de 1990.

PATRÓN FÁCTICO

El ciudadano Eduardo Henao Hoyos haciendo uso del control de constitucionalidad presenta una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 178 del Decreto 1344 de 1970, modificado por el artículo 1º del Decreto 1809 de 1990.

Las razones expuestas por el actor establecen una vulneración al artículo 16 de la constitución política toda vez que el uso de cinturón de seguridad afecta el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de la persona de escoger lo más beneficioso para correcto desarrollo, además de su autonomía de disponer de la integridad y conservación de su cuerpo.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuáles son los alcances y límites, en un Estado social de derecho que reconoce la autonomía, la libertad y la dignidad de las personas como derechos fundamentales de aquellas políticas que tienden a proteger los intereses de las personas?

OBITER DICTA

la corte constitucional entra a dirimir el derecho a vida y seguridad de la sociedad

en contravía de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas que consideran que usar cinturón no debe ser motivo de multas pecuniarias ni ser una medida obligatoria para quienes deciden no hacer uso de ellas.

Para ello la corte analiza la colisión de dos principios *“los principios constitucionales en conflicto, a saber, de un lado, los valores constitucionales que el Estado pretende maximizar, como serían en este caso la protección de la vida y la integridad personal, así como de la propia autonomía personal. Y, de otro lado, el reconocimiento del pluralismo y la garantía de la autonomía y dignidad de las personas (CP arts 1º, 5º, 7º y 16), puesto que en función de ellos corresponde al propio individuo tomar las decisiones sobre asuntos que no afecten a los otros, y el Estado no puede prohibir opciones de vida o formas culturales que no sean lesivas de derechos de terceros.”*¹³⁰ .

Para entrar a dirimir la colisión entre estos dos principios la corte hace uso de un juicio de proporcionalidad de principios en el cual un principio cede al otro dependiendo las condiciones fácticas y jurídicas del mismo buscando en la mayor medida posible evitar la vulneración de derechos fundamentales y constitucionales. Esta corporación establece tres lineamientos bajo los cuales se rige la ponderación realizada los cuales son *“... Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.”*¹³¹

Con base en lo anterior la corte establece que el uso del cinturón de seguridad no violenta el derecho a la libre autodeterminación ni libertad de expresión toda vez

¹³⁰ Colombia, Corte constitucional, Sala de revisión, Sentencia C-309/97.

¹³¹ Colombia, Corte constitucional, Sala plena, Sentencia C-309 de 1997.

que es una medida de carácter coercitivo que busca preservar la autonomía de la persona. La eficacia del cinturón de seguridad según estudios muestra la efectiva protección a la vida y salud principios constitucionales de los individuos que debe salvaguardar el Estado. Además de ello la corte establece que la carga que se le impone a la persona es mínima comparada con la protección de los derechos constitucionales ya mencionados.

Se establece que se vulneraría el principio a la solidaridad en cierta medida si se dejara a disposición del conductor el uso del cinturón de seguridad toda vez los daños a la salud y vida de los conductores se verán aumentados y la protección que el Estado le debe prestar a estos ciudadanos debe ser solidaria por lo cual se afectaría al Estado atendiendo una situación que se pudiese haber evitado con la medida del uso del cinturón de seguridad.

RATIO DECIDENDI

Se declara exequible la norma demandada toda vez que haciendo uso del juicio de ponderación se llega a la conclusión que sopesa el derecho a la vida y salud de las personas con respecto al derecho del libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación de las personas. Resulta ser de gran importancia el juicio de ponderación para aclarar qué principio tiene mayor relevancia en este caso en concreto por lo que resulta ser una herramienta de gran utilidad a la hora de solucionar la colisión de principios.

Establece la corte entonces que el principio a la vida y salud adquiere mayor importancia toda vez que salvaguarda derechos constitucionales y la carga que se le impone al ciudadano resulta ser mínima en comparación con la protección a la vida y salud.

SENTENCIA T-1211 DE 2005

MAGISTRADO PONENTE, REFERENCIA EXPEDIENTE, ACCIONANTE Y ACCIONADO.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, REFERENCIA: T-1168410, Ricardo Cruz Vergara, Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

PATRÓN FÁCTICO

- El señor Ricardo Cruz Vergara fue condenado el 30 de abril de 2003 por el juzgado sexto penal del circuito especializado, dentro de la cual recibe una rebaja punitiva por acogerse a la figura de sentencia anticipada.
- El condenado solicita ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Neiva la redosificación de la pena atendiendo la favorabilidad penal con la que cuenta por la expedición de la Ley 906 de 2004.
- El ministerio público impugna la decisión y el tribunal superior del distrito judicial acoge la solicitud del ministerio público aduciendo que no existe sucesión de Leyes en el tiempo y que además la aplicación de la Ley 906 de 2004 aún no aplicaba en dicha dependencia acogiéndose al sistema gradual de transición.
- El Señor Ricardo Cruz Vergara instaura acción de tutela contra el tribunal superior de Neiva por considerar que éste último vulneró el principio de Favorabilidad Penal con el que cuenta y que por consiguiente se vulnera su derecho fundamental al debido proceso en la solicitud de re dosificación de la pena por la expedición del nuevo código penal Ley 906 de 2004.

PROBLEMA JURÍDICO

Se desconoce el principio de favorabilidad penal y por consiguiente el derecho fundamental al debido proceso del actor, al revocar la redosificación de la pena y el beneficio de libertad condicional ya otorgado en primera instancia en aplicación de la Ley 906 de 2004, por considerar que ésta no era aplicable al no haber entrado aún en vigor en la ciudad de Neiva y porque ésta sólo rige para los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.

OBITER DICTA

Para la solución del patrón fáctico presentado anteriormente la corte constitucional hace referencia a dos criterios; el primero de ellos hace referencia a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y en segundo lugar los criterios para la aplicabilidad del principio de Favorabilidad penal que consagra la Ley 906 de 2004.

En punto de principios y en el caso en particular el principio de Favorabilidad penal, la corte constitucional hace referencia a que éste no puede ser desconocido toda vez que forma parte integral del debido proceso consagrado en la carta política y que rige el mismo como un mecanismo de protección de derechos. Así mismo ésta corporación señala “...*En ese orden de ideas es claro que las normas de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” igualmente “deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional...”*¹³².

Al respecto la corporación hace referencia a que en ningún caso la norma sustancial o procesal puede desconocer principios constitucionales y la Favorabilidad penal es punto central del principio al debido proceso y de legalidad que se reviste en el texto constitucional.

En relación con la retroactividad de la Ley y la disposición señalada en el nuevo código penal se establece que la disposición en la cual se establece que el código rige para delitos que se cometan luego de la expedición y promulgación del mismo se aplicará en el caso de no existir violación a otros principios como es en el caso de la favorabilidad penal pues prima la aplicación de los principios a las normas procedimentales.

¹³² Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-1211 de 2005.

RATIO DECIDENDI

Con base en lo dispuesto la corte establece que el principio de Favorabilidad no se puede desconocer en ningún sentido por normas tanto sustanciales como procesales pues es parte del marco orientado del principio constitucional del debido proceso, y que en relación a ello éste reviste carácter de constitucionalidad. Por lo anterior se dispone a ordenar al Tribunal del distrito judicial de Neiva que se vuelva pronunciar en la apelación interpuesta, pero ésta vez guiado en los lineamientos que la corte ha establecido en la sentencia. Así como conceder los beneficios que por aplicación del principio de Favorabilidad le corresponden.

SENTENCIA C 098/2003

MAGISTRADO PONENTE, DATOS GENERALES.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Marcela Patricia Jiménez Arango, demandó en forma parcial el artículo 48 del Decreto 196 de 1971

NORMA DEMANDADA

•La Sra. Marcela Jiménez demando el artículo 48 del Decreto 196 de 1971 el cual establece una serie de causales que *“constituyen falta para la dignidad de la profesión de la abogacía”* entre las cuales están: (i) *La pública embriaguez consuetudinaria o el hábito injustificado de drogas estupefacientes.* (ii) *El hábito de frecuentar garitos, lenocinios u otros lugares de mala reputación.* (iii) *La provocación reiterada de riñas o escándalos públicos.* (iv) *La mala fe en los negocios.* (v) *La dilapidación del patrimonio en perjuicio de los acreedores.* (vi) *La administración o participación en negocios incompatibles con el respeto que exige la abogacía.* (viii) *El patrocinio del ejercicio ilegal de la abogacía o del ingreso a la profesión de personas de malos antecedentes o que no reúnan las condiciones habilitantes.*

Los cargos que alega la parte actora son que: (i) Los hechos que son enunciados

en el artículo, hacen parte del libre desarrollo de la personalidad, son actos personalísimos que no pueden ser usado como criterio para aplicar sanción (ii) considera la parte actora que la redacción de la norma controvierte el principio contenido en el artículo 29 de la carta política, Principio de tipicidad, pues las causales utiliza términos muy genéricos (iii) en cuento al numeral 8, la parte actora considera que dicha obligación no debe recaer en los abogados, sino en las facultades de derecho por ser estas quienes confieren título de abogado a las personas.

PROBLEMA JURÍDICO

Las causales incluidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 del artículo 48 del Decreto 196 de 1971 atentan contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

OBIDER DICTA

La corte empieza haciendo referencia a la importancia que tiene la libertad no solo en un contexto jurídico sino social, político, cultural; sin embargo, enfatiza en el hecho de que esta libertad se tiene que desarrollar dentro de unos límites, la libertad personal no puede agredir los intereses de terceros. Una sociedad democrática parte del hecho de que en ella conviven diferentes actores en la cual se debe respetar la libertad de cada uno como ser individual, más sin embargo también deben existir unas reglas mínimas de convivencia que permitan que esa sociedad funcione democráticamente.

Por otro lado la corte enfatiza que en todo caso esos límites que se impongan a la libertad de los ciudadanos debe ser realizados con un test de proporcionalidad que nos permitan reconocer que la finalidad que se persigue con dicha limitación pesa más que la misma vigencia de la libertad en sí misma; en razón a que los principios en derecho obligan al operador judicial a darle aplicación en la mayor medida posible, en caso de que una norma legal limita la aplicación de un principio constitucional sin que se justifique la razón por la cual limita, obliga a la corte

constitucional a declarar su inexequibilidad.

RATIO DECIDENDI:

La corte señala que frente a los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 evidentemente contienen disposiciones que trascienden de la esfera del ejercicio de la profesión de la abogacía, siendo derecho de cada persona el desarrollo de su personalidad como a bien le plazca; que respecto a la mala fama, se recuerda que el Estado social de derecho se estructura en el principio según el cual todos los ciudadanos y autoridades públicas deben juzgar bajo el criterio de la buena fe; concluye la corte afirmando que los criterios que constituyan falta al ejercicio de la abogacía deben entenderse como aquellos que afecten directamente al ejercicio de la misma,

SENTENCIA C-022/96

MAGISTRADO PONENTE, DATOS GENERALES.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ Expediente No. D-1008; Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993; Demandante: Álvaro Montenegro García.

NORMA DEMANDADA

El señor Álvaro Montenegro García demandó el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993 el cual enuncia “***Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: (...) b. A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en Centros de Educación Superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación.***”

Para el accionante la presente disposición está en contravía del derecho a la igualdad enunciado en artículo 13 de la constitución política, por cuanto se

establece unas condiciones más beneficiosas con respecto por ejemplo a las mujeres quienes no tienen la obligación de prestar servicio militar, o simplemente de cualquier aspirante a cursar estudios superiores pues tendrá que sacar puntaje superior al de alguien que allá prestado el servicio militar.

PROBLEMA JURÍDICO

¿El beneficio otorgado a los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a ingresar a un centro de educación superior, consistente en un aumento del puntaje de las pruebas del ICFES, equivalente al 10% del puntaje obtenido, vulnera el derecho a la igualdad de los demás candidatos a ingresar a una institución de esa índole?

OBIDER DICTA

La corte empieza conceptualizando acerca del derecho a la igualdad incluido en la carta política en el artículo 13, haciendo referencia al proverbio aristotélico *“hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”* Bajo este postulado la corte afirma que es claro, que el propósito de la constitución es mantener una igualdad general a toda la comunidad atribuyéndole la carga argumentativa a este fin, más sin embargo no quita la posibilidad de que en cierto caso en particular, bajo la respectiva argumentación necesaria, se puedan establecer unos límites a esa igualdad.

La corte empieza a narrar cuales son los criterios que la misma corte en tiempos pretéritos definió para la realización del respectivo test de razonabilidad, siendo estos: (i) la identificación de un objetivo en específico con un trato desigual (ii) que este objetivo buscado tenga sustento en la carta política y en general en cualquier principio constitucional y (iii) que sea justificada la limitación al derecho a la igualdad. Ahora bien, la corte afirma que este último se hace el más complejo, razón por la cual es necesario acompañar dicho test de razonabilidad con un test de proporcionalidad, el cual tiene por elementos: (i) el trato desigual sea adecuado para la materialización de un fin constitucional (ii) que se necesario, en el sentido

de que no exista otro medio mejor con el cual se pueda alcanzar dicho fin y (iii) que no se esté contrariando ningún otro principio con mayor peso en el caso en concreto.

RATIO DECIDENDI:

La corte pone en práctica el procedimiento arriba relacionado afirmando que (1.) las condiciones especiales para el ICFES lo que pretenden es estimular el ingreso de los jóvenes a las fuerzas armadas (2) que dicho fin tiene relación con algunos principios constitucionales como la independencia o la vigencia del orden público (3) sin embargo, para la corte en el presente caso no se justifica el trato desigual aquí planteado pues: (3.2) la medida no es necesaria, porque el establecer ciertos beneficios para acceder a la educación superior no es la única estrategia posible a usar para estimular el ingreso de los jóvenes a las fuerzas armadas (3.3) y finalmente, con este trato desigual se está contrariando principios de mayor peso como es el derecho a la igualdad, en el cual se establece que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y **oportunidades** sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”* (negritas fuera del texto)

SENTENCIA T-1091/00

MAGISTRADO PONENTE, DATOS GENERALES.

Magistrado Ponente: Referencia: expediente T- 311986; Acción de tutela instaurada por María del Socorro García contra el Fondo Prestacional del Magisterio.

PATRÓN FACTICO

La parte actora demanda al fondo prestacional del magisterio pues a su parecer ella es beneficiaria de la pensión post-mortem a ser cónyuge y madre de los hijos habidos en el matrimonio con el señor José Guillermo Henao.

En el actuario procesal de la primera instancia, el fondo prestacional del magisterio contesto que el expediente “*se encuentra liquidado para remitir a la Fiduciaria La Previsora para aprobación y visto bueno (...) una vez dicha institución nos imparta el visto bueno bien sea negando o reconociendo la prestación se procederá en forma inmediata a notificar a la señora en mención*”.

El fallo de primera instancia fue a favor de la parte actora ordena “*en el término de cuarenta y ocho horas, resuelva concreta y adecuadamente la petición elevada con fecha febrero 11 del año anterior consistente en pensión post mortem y cuyo número de radicación lo es el 9900312*”. El fondo prestacional del magisterio impugnada la sentencia, la sala laboral de la corte suprema de justicia revoca la sentencia pues a su sentir el reconocimiento de la pensión es de orden legal.

PROBLEMA JURÍDICO

La parte actora considera que la gestión que ha desarrollado el fondo prestacional magistral ha sido negligente y por lo tanto está contrariando los principios expuestos en el artículo 209 de la carta política, compete a la corte determinar si en el caso es concreto se está afectando el principio de eficacia y celeridad por parte del fondo prestacional magisterial.

OBIDER DICTA

La corte empieza señalando que el artículo 209 de la carta política define ciertos principios que rigen en general la función pública, entre estos se encuentra el de eficacia y celeridad dentro de las actuaciones que realice cualquier autoridad administrativa. Ahora bien, la corte considera que la mayoría de los casos los operadores judiciales y administrativos asumen que dichos principios son simples enunciados retóricos y no le dan la debida aplicación a los mismos, la corte recuerda que los principios constitucionales deben respetarse caso en contraía se estaría incurriendo en vías de hecho.

Finalmente, la corte afirma que los funcionarios públicos tienen la obligación de buscar la justicia social y esta no se logra, si no es a través de la aplicación de principios, valores y reglas del ordenamiento jurídico colombiano.

RATIO DECIDENDI

En el caso en concreto la corte encuentra que, de no haber sido por la interposición de la acción der tutela en primera instancia, el fondo prestacional del magisterio no hubiese realizado ninguna actividad, además del hecho de que se justifican enumerando numerosos procedimientos para conceder la pensión sin realizar los mismos. En consecuencia la corte ordena revocar el fallo de segunda instancia y confirmar el de primera confirmando las pretensiones de la señora María del Socorro García