

***“SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE PUBLICIDAD EN LA ACTIVIDAD DE LA
CONTRATACIÓN ESTATAL COMO UN MECANISMO DIRIGIDO A
GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA”***

**NATALIA MUÑOZ CASSOLIS
FELIPE CORREA ROZO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá, D.C.
Octubre de 2008**

Trabajo de Grado

Título:

“Sistemas electrónicos de publicidad en la actividad de la contratación estatal como un mecanismo dirigido a garantizar el principio de transparencia”

Presentado para optar por el título de Abogado por:

Natalia Muñoz Cassolis
natalia.munoz@bakernet.com
C.C. 53.000.781

Felipe Correa Roza
felipe.correa@bakernet.com
C.C. 80195.988

Directora:

Aura Ximena Osorio
osorio@javeriana.edu.co

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho
Bogotá, D.C.
Octubre de 2008**

Nota de Advertencia

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

INDICE

Introducción

.....5

1. Generalidades sobre el principio de transparencia en la función pública

1.1 Definición del principio de transparencia

.....6

1.2 Relación del principio de transparencia con el principio de la moralidad administrativa

.....9

1.3 Relación del principio de transparencia con el principio de información y publicidad

.....13

2. El principio de transparencia en la actividad contractual

2.1 La importancia del principio de transparencia en la contratación estatal

.....15

2.2 La evolución del principio de transparencia en la contratación estatal

2.2.1 Falencias del Decreto 222 de 1983. Primacía del procedimiento sobre la materia y los principios

.....	23
2.2.2. La Ley 80 de 1993 como una ley de principios	
.....	25
2.2.3. La Ley 1150 de 2007 como herramienta legislativa para reforzar los mecanismos anticorrupción	
.....	29
2.2.4. Ineficiencias que causa la corrupción en el Estado colombiano	
.....	35
2.3. Formas como se materializa el principio de transparencia en la contratación estatal.	
.....	40
2.3.1. En los mecanismos de selección objetiva de contratistas según los postulados de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Licitación Pública como regla general	
.....	41
2.3.2. El principio de transparencia se manifiesta en la selección objetiva del contratista	
.....	43
2.3.3. El principio de publicidad y la posibilidad de controvertir las decisiones de la administración, como una manifestación del principio de transparencia	
.....	46
2.4. Pilares de la contratación estatal electrónica	

.....	48
3. Sistema electrónico de publicación en la contratación estatal como uno de los mecanismos para materializar el principio de transparencia	
.....	54
3.1. Páginas web de las entidades públicas	
.....	58
3.2. Sistema electrónico como limitación a la corrupción en contratación pública	
.....	62
3.3. La creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)	
.....	67
3.4. El Portal Único de Contratación	
.....	71
3.5. Las funciones del SECOP para la contratación estatal	
.....	74
3.6. Las novedades del Decreto 2474 de 2008	
.....	78
3.7. Entidades con poco desarrollo tecnológico: estrategias a cargo del Ministerio de Comunicaciones	
.....	81

Conclusiones

.....82

Bibliografía

.....83

Introducción

Este trabajo empezará por definir los principios que inspiraron la organización en Colombia de nuevas tecnologías de publicidad en la actividad contractual. La moralidad administrativa, la transparencia y la publicidad se articulan en los cimientos de la función pública. La actividad contractual no es su excepción; por el contrario, contiene su mayor desarrollo práctico.

La actividad contractual del Estado reviste gran trascendencia en la consecución de los fines constitucionales de la organización estatal. La legislación no ha sido la más idónea para combatir la corrupción entendida como el gran mal que aqueja el despilfarro del presupuesto y las ineficiencias en la prestación de servicios públicos. Se hará referencia a está y a la evolución del estatuto contractual y su progreso para combatirla.

En este documento se hace un amplio desarrollo de la aplicación del principio de transparencia en la función contractual del Estado. Los mecanismos electrónicos de publicidad y fiscalización materializan este principio. La historia, el origen y desarrollo de los sistemas electrónicos de publicación son el objeto de este trabajo de grado.

1. Generalidades sobre el principio de transparencia en la función pública

1.1. Definición del principio de transparencia

No son pocos los documentos escritos en proyectos de gobierno, sentencias y documentos académicos que sustentan los medios electrónicos de publicidad y control fiscal, en los principios de transparencia y moralidad de la función administrativa. Por esta razón este trabajo empezará por desarrollar brevemente el contenido de estos principios. De esta manera se podrá concluir que los principios de transparencia y moralidad administrativa, en la actividad contractual del estado, encuentran una expresión práctica en el Sistema Electrónico para la Contratación Electrónica, SECOP, y sistemas que hoy lo integran.

Tanto el contenido del principio de transparencia como el de la moralidad administrativa, es difuso. Esto quiere decir que no están expresamente definidos en ninguna norma jurídica, pues como principios que son encuentran su contenido y aplicación en todo el ordenamiento jurídico¹. La aplicación de estos principios en materia de actividad contractual del estado se desarrollará en el segundo capítulo de este trabajo.

Para aproximarse al contenido del principio de la transparencia en la función pública, es necesario estudiar la definición de la palabra. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, transparencia es la cualidad de ser transparente, propia de todo aquello que es “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad.”² La transparencia se entiende a su vez como lo opuesto a lo corrupto, a lo oscuro, a lo opaco, y a las prácticas contrarias a la moral y a la moralidad administrativa.

Es transparente lo que se hace público, lo que se permite ver y dar a conocer con claridad. El término transparencia es sinónimo de publicidad.

¹ “Los principios son reglas esenciales para la vida social ordenada, segura, solidaria, pacífica y justa, dictadas e impuestas por la realidad objetiva, incidida por la historia... Así entonces, principio y norma tienen una relación ineludible, lo cual no significa que la existencia de aquel dependa de su consagración normativa, pues él ya es norma, nacida de la realidad, de la historia.” RICO PUERTA, Luís Alonso. “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal.” Leyer Editorial. 2008. Pág. 21.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transparencia.

El profesor Mario Roberto Molano³, al desarrollar el principio de transparencia, explica que las relaciones entre los particulares y el Estado, a diferencia de las relaciones privadas, son públicas por naturaleza. Las relaciones privadas, por contraposición están protegidas por derechos fundamentales como la intimidad y la privacidad.

La publicidad implica no sólo que los actos del Estado deban ser públicos. Es una cualidad que se predica de todos *“los supuestos, condiciones, procedimientos y expedientes empleados para producirlos”*.⁴

Tanto las actuaciones de carácter general como aquellas que afectan únicamente los intereses particulares deben revestirse de publicidad. Según el profesor Molano⁵, la obligación de la publicidad reforzada en los actos de interés particular, para evitar violaciones a la ley es una prueba de las preocupaciones de los particulares cuando se enfrentan a una actuación con el Estado. Es una preocupación la violación de las garantías públicas, o que haya un precario o inexistente control judicial de las actuaciones de la administración, y a título personal, que se abuse del poder y de la capacidad de utilizar la fuerza pública para ejecutar sus decisiones en las relaciones con los particulares.

El tratadista, Ives Jegouzo⁶ al hablar de transparencia en la función administrativa, hace referencia a los diferentes intereses que deben ser protegidos en el ejercicio de la función pública. Dentro de los intereses que se deben proteger se incluye una mayor garantía de las libertades públicas. También se deben establecer mejores mecanismos de control y propender por una mejora en las relaciones entre la administración y sus administrados, la cual se materializa al garantizarle a estos últimos la publicidad de las actuaciones administrativas.

De igual forma sostiene Molano⁷ que la principal implicación del principio de transparencia radica en el derecho al conocimiento público de la verdad respecto de las actuaciones

³ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa. 2007. Pág. 62.

⁴ Ibid Pág. 62 – 63.

⁵ Dice el profesor Molano: *“Claro está que, en el caso de los efectos particulares, ya no sólo se garantiza el conocimiento público, sino esencialmente, el conocimiento de los ciudadanos que resulten afectados en sus correspondientes situaciones jurídicas, justamente para evitar mayores violaciones de ley.”* MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. Cit. Pág. 63.

⁶ JEGOUZO, Ives. El Derecho a la Transparencia Administrativa; el acceso de los administrados a los documentos administrativos. Pág. 12. Citado por MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la Función Administrativa. 2007.

⁷ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto Op. Cit. Pág. 62 – 63.

de las entidades públicas. Se podría decir que la transparencia permite el control, da a conocer las verdades, fiscaliza y da confianza sobre el buen manejo de las políticas públicas.

“La transparencia en ese sentido implica, en el caso de la administración pública, un conocimiento público de toda actividad administrativa, salvo aquellas que se relacione con expresas reservas instituidas por el legislador”⁸

El artículo 209 de la Constitución Política consagra el principio de transparencia en la función pública, junto con los demás que deberán guiar la función administrativa tales como el de igualdad, economía, eficacia, celeridad imparcialidad, moralidad y publicidad. Todos ellos en definitiva relacionados con el principio de transparencia y del recto ejercicio de la función administrativa. La relación que existe entre la transparencia y los demás principios de la función administrativa es una relación de control y fiscalización. Junto con la publicidad, la transparencia permite verificar el cumplimiento de los demás principios.

La transparencia es un principio rector de la función administrativa. Este debe regir la totalidad de las actuaciones de los funcionarios públicos. Lo que implica que tanto la función legislativa, ejecutiva, judicial o de control fiscal debe ser transparente y pública.

Por ejemplo, el patrimonio público debe ser manejado con transparencia. En palabras del Consejo de Estado *“En relación con el patrimonio público, como lo ha sostenido esta corporación..., su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, transparente y responsable, conforme lo disponen el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales⁹. (Subraya fuera del texto). A su vez, para esta corporación¹⁰ el principio de transparencia es desarrollo del principio de imparcialidad de la función administrativa.*

En definitiva encontramos que el principio de transparencia busca permitirle a los particulares ver, conocer y verificar las actuaciones de la administración pública, generando en consecuencia la sensación de rectitud en su actuar, con ausencia de corrupción, dando cumplimiento a los fines estatales y garantizando los demás principios rectores de la función administrativa. El mayor desarrollo del principio de transparencia lo encontramos en la actividad contractual del estado. Por

⁸ Ibid. Pág. 63.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2006. Consejero Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.

esta razón y dado que nuestro trabajo se dedica a esta materia, hemos querido dedicarle el capítulo segundo del presente documento.

1.2 Relación del principio de transparencia con el principio de la moralidad administrativa

La moralidad administrativa en Colombia tiene doble consagración constitucional. Por un lado esta consagrado como un derecho colectivo y es susceptible de protección mediante las acciones populares consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998. Por otra parte es principio rector de la función administrativa sirviendo como directriz en las actuaciones de los funcionarios públicos, que deben estar dirigidas a cumplir con los cometidos estatales propios de un Estado Social de Derecho.

La moralidad administrativa es el derecho, en cabeza de toda la comunidad, a que los funcionarios públicos actúen con apego a la ley en constante búsqueda por cumplir con los fines del estado y satisfacer el interés general.

La moralidad administrativa es un principio que encuentra su contenido y desarrollo en disposiciones de orden legal o constitucional. Cuando se cumplen sus preceptos conlleva a que la función pública a su vez este dirigida hacia la búsqueda de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del estado.

Por ejemplo, en desarrollo de la moralidad administrativa el acceso de los particulares a la función pública debe ser objetiva, y de conformidad con los parámetros fijados por el estatuto de la carrera administrativa. Así se evitan nombramientos mediante pago de favores, y se garantiza la preparación intelectual y la idoneidad de los servidores públicos.

Es también un ejemplo del desarrollo legal de la moralidad administrativa, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la actividad contractual. Las inhabilidades e incompatibilidades son una limitante a la capacidad y competencia para contratar bajo la regla de la moralidad administrativa. Las causales taxativas de inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, protegen los intereses públicos y los fines estatales que se cumplen mediante la actividad contractual, prohibiendo la presencia de circunstancias particulares,

sociales y públicas en quienes pretenden contratar con el Estado, por considerarlas riesgosas para los fines que con esta actividad se propone la administración.

De esta manera la moralidad administrativa como principio se llena de contenido en preceptos de rango legal y en el actuar del funcionario encaminado a satisfacer el interés general. Por el contrario, cuando se vulneran estos preceptos legales o constitucionales y a su vez se ha transgredido el interés general, se puede afirmar que el principio de moralidad administrativa se ha vulnerado.

El desarrollo mediante acciones populares del contenido dogmático del principio de la moralidad administrativa ha estado enmarcado en una doble trasgresión del derecho colectivo. Por un lado al ordenamiento jurídico y por otro, a los principios supralegales constitucionales u otros derechos colectivos. Cuando el actuar de un funcionario público trasgrede el principio de transparencia, en cualquiera de las disposiciones que lo desarrollan, se está cumpliendo un requisito para que se considere vulnerada la moralidad administrativa. Haría falta verificar si en este caso se vulneró también el interés general. En palabras del Consejo de Estado: *“para que pueda hablarse de vulneración a tal derecho colectivo (la moralidad administrativa), debe existir necesariamente una trasgresión al ordenamiento jurídico además de otros elementos adicionales, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la administración y la vulneración de otros derechos colectivos”*¹¹(Negrilla original).

El Consejo de Estado ha desarrollado la moralidad administrativa asimilándolo a lo que en derecho penal se ha denominado un tipo penal en blanco. Su contenido se debe encontrar en la interpretación de otras disposiciones legales, y para verificar su posible vulneración se debe acudir al desarrollo implícito que le haya hecho el legislador. El mismo ha de ser invocado y protegido en las situaciones particulares, en las que se perciba su vulneración. *“...es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella”*¹²

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 15 de julio de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 15 de julio de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Un ejemplo de la vulneración a normas legales que acarrear la trasgresión al derecho a la moralidad administrativa, es el caso de la Sentencia del 14 de abril de 2005 contra el departamento del Cauca y la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano, ASOMAC.¹³ Con esta providencia se protege el derecho a la moralidad administrativa, por haberse vulnerado el desarrollo legal contenido en el Estatuto General de la Contratación Administrativa del principio de transparencia. En este caso no se cumplió con el precepto legal que ordena declarar la caducidad de los contratos cuando no se ejecutan dentro del término que contempla el pliego de condiciones; a su vez, se celebró un contrato interadministrativo sin que se hubiese justificado no haberse procedido mediante licitación pública; no se acreditó la experiencia del contratista (otra entidad pública), ni hubo estudio técnico, jurídico ni financiero. En consecuencia, se declaró que hubo una violación de la transparencia y en consecuencia de la moralidad administrativa acogiendo las pretensiones del actor popular.

“...se encuentra probado que la contratación en su etapa de adjudicación presentó irregularidades que evidentemente atentan contra los principios que rigen la contratación administrativa, ya que puede afirmarse que el Departamento del Cauca, se separó de los principios que deben orientar su función. En efecto, la falta de un estudio técnico, jurídico y financiero; la escasa experiencia de Asomac; la falta de claridad y precisión en cuanto a su existencia, lleva a concluir que el derecho colectivo en mención (la moralidad administrativa) se encuentra vulnerado con el convenio... existe vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que como se comprobó el actuar de las entidades demandadas se realizó en perjuicio del interés general, por lo que el juez de instancia ordenará su protección”¹⁴. (Subraya fuera del texto).

En este caso encontró la Sala que no haberse observado el principio de transparencia por las irregularidades ya mencionadas, es un hecho indicativo de que se vulneró el derecho a la moralidad administrativa, pues quedó demostrado que esta trasgresión al ordenamiento jurídico además implicó una vulneración al interés general. Por último en esta sentencia el Consejo de Estado recordó que este principio está relacionado con el principio de legalidad, pues el desconocimiento de este último, acompañado de una desviación de poder implica la vulneración a la moralidad administrativa.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de abril de 2005. Consejera Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁴ Ibid.

En consecuencia una vulneración al principio de transparencia en la función pública, como de cualquier otro principio constitucional o norma de orden legal, puede acarrear la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Este principio a su vez implica un catálogo objetivo de conducta de quienes prestan los servicios del Estado junto con el apego a los principios que rigen su gestión. En palabras del Consejo de Estado, “... *ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta*¹⁵, *por lo que todo quebranto de la ley no constituye, necesariamente, violación a la moralidad administrativa...*”¹⁶.

Al realizar su labor, los funcionarios deben actuar con apego al ordenamiento jurídico y a los principios de un recto obrar en función de lo público, “*con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social... a diferencia de lo que puede suceder con la moral en general, en el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas.*”¹⁷

Los parámetros de conducta establecidos por la moralidad administrativa propenden por garantizar que los procedimientos y actuaciones de los funcionarios públicos se adecuen al ordenamiento jurídico y estén en armonía con los fines constitucionales de igualdad, imparcialidad, transparencia y eficiencia.

“*La moralidad implica un código de conducta que debe guiar a todos y cada uno de los órganos y titulares de función administrativa del Estado, con las siguientes precisiones: En primer lugar la moralidad consulta conceptos de idoneidad y probidad del órgano, su titular, de la actuación y de la prestación del servicio correspondiente. Esto significa que la moralidad requiere de habilidad para desarrollar la administración pública en términos de eficiencia y de imparcialidad.*”¹⁸

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia AP – 518 de 2000.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección “A”. Magistrado Ponente Juan Carlos Garzón Martínez. Sentencia de 1 de diciembre 2005.

¹⁸ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. Cit. Pág. 66.

Cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones se aparta del interés público, no sólo actúa con desviación de poder. Ha violado el código de conducta moral que le impone la función pública que desarrolla, pues siempre debe actuar con honestidad y lealtad en búsqueda del interés general. *“La moralidad administrativa implica que las actuaciones de los servidores públicos se desenvuelvan con el propósito de interés público y con honestidad, lealtad, interés y acatamiento de la ley”*¹⁹.

Sin embargo el Consejo de Estado²⁰ ha sido claro al establecer que el estudio de la moralidad administrativa no está encaminado a hacer un juicio de conciencia sobre la conducta del funcionario administrativo. Lo contrario implicaría una violación flagrante al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo mismo lo explica el profesor Molano en estas palabras: *“La moralidad administrativa no se entiende como una evocación de los aspectos privados del funcionario público o de los aspectos no públicos del particular que ejerce la función administrativa. Tampoco se involucran en dicho concepto elementos religiosos o de carácter parcial. Moralidad pública es un concepto objetivo como todo lo que invade a la administración pública y, consiguientemente, en su explicación es necesario delimitar las consecuencias que del mismo se siguen respecto del libre desarrollo de la personalidad.”*²¹

Seguir los preceptos del principio de transparencia y publicidad es una garantía al derecho colectivo a la moralidad administrativa, el patrimonio público y demás intereses en cabeza de la comunidad. Por esto, las actuaciones de los funcionarios de la administración deben ser públicas, están proscritas las actuaciones oscuras o secretas, y sus actos deben estar debidamente motivados.

*“En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que rindan o adopten (entidades públicas)... Con ello se establece control adicional sobre el proceso contractual y constituye evidente previsión de la moralidad administrativa”*²².

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia AP – 124 de 2000.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 15 de julio de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

²¹ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. Cit. Pág. 65.

²² RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 631.

Como garantía de la moralidad administrativa los órganos o funcionarios públicos deben dar plena aplicación a los preceptos del principio de transparencia y publicidad en el ejercicio de la función pública.

1.3 Relación del principio de transparencia con el principio de información y publicidad

La transparencia implica publicidad en los procedimientos. Como ya se mencionó la publicidad y transparencia se pueden entender como sinónimos. Mediante la publicidad de los actos, procedimientos y todos los documentos y expedientes que rodean una actuación administrativa, se permite al público conocer las actuaciones del Estado. Es un mecanismo de información, de vigilancia, de control público y político.

De acuerdo a los mandatos constitucionales del artículo 74, *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.”*²³

La información y publicidad de los actos de la administración deberán ponerse en conocimiento de la población salvo cuando medie reserva expresamente determinada por el legislador. Así se salvaguardan asuntos que ameriten reserva, pero en los demás casos se impide que se generen conductas abusivas, arbitrarias, ilegales y corruptas en la oscuridad de expedientes que nadie conoce.

El derecho a la información de la mano con el principio de publicidad consagrados en la Constitución Política, constituyen un mecanismo para hacer efectivo el principio de transparencia en el ámbito de la función administrativa y de las actividades desarrolladas en ejercicio de ésta. Para la Procuraduría General de la Nación *“El derecho a la información, es la capacidad de acceder, solicitar y conocer datos, documentos y demás información que el ciudadano considere de interés o necesidad.”*²⁴ A los particulares estar informados les permite solicitar la tutela de sus derechos subjetivos, individuales y colectivos, y controvertir las decisiones que consideren contrarias al ordenamiento jurídico. La información es garantía del derecho a la defensa y del debido proceso.

²³ Constitución Política artículo 74.

²⁴ http://www.procuraduria.gov.co/html/sitio_guia/html/participemos_derinfo.html.

2. El principio de transparencia en la actividad contractual

2.1 La importancia del principio de transparencia en la contratación estatal

Para hacer referencia a la importancia del principio de transparencia en los procesos de selección de contratistas, en la etapa de ejecución de los contratos estatales y postcontractual, es pertinente incluir en este capítulo una breve referencia a la finalidad de la actividad contractual del estado y al papel que juegan los particulares en la misma. Estos cuando ejercen funciones públicas están vinculados por el principio de transparencia.

A su vez, se explicará la incidencia de la actividad contractual en el patrimonio público. Más adelante se demostrará que la transparencia protege su adecuada utilización.

Según la Ley 80 de 1993²⁵ el objetivo que deben perseguir las entidades estatales con la celebración de los contratos es cumplir con los fines del Estado, y la prestación de los servicios públicos. “... *el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la*

²⁵ “Art. 3. *De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.” Artículo 3 Ley 80 de 1993.

*administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz.”*²⁶

Los fines estatales a los que se hace referencia son aquellos propios de un Estado Social de Derecho²⁷ al dar prevalencia al interés general y poner en marcha proyectos que garanticen la real aplicación y efectividad de los deberes del estado frente a sus administrados y permita que estos últimos gocen de sus derechos constitucionales. “... *la gestión (administrativa) - de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia.*”²⁸

Según la Constitución Política los fines del Estado son, velar por los derechos e intereses de consagración constitucional, propender por el desarrollo y la prosperidad del país, servir a la comunidad y participar en la toma de decisiones que afecten los ámbitos económicos, políticos, administrativos y demás.²⁹

Funciones estas que estarán a cargo de las entidades estatales quienes a su vez podrán acudir a la herramienta de la contratación estatal, puesto que es claro que cada entidad no podrá llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para el cumplimiento de estos supuestos. Es acá donde aparecen los particulares en el espectro de la contratación estatal como colaboradores de las entidades estatales para la ejecución de las obras y adquisición de bienes y servicios que les permitan desarrollar el fin para el cual fueron creadas.

Según ha manifestado la Corte Constitucional, “*el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer*

²⁶ IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo.” 2007 Pág. 783.

²⁷ “*Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución...*” Corte Constitucional Sentencia C-449 de 1992.

²⁸ Corte Constitucional Sentencia C-449 de 1992.

²⁹ “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” Artículo 2 Constitución Política de Colombia.

efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de particulares a quienes les corresponde ejecutar en nombre de la administración las tareas acordadas.”³⁰

Es precisamente debido a esta función primordial de las entidades públicas y su importancia en el desarrollo del Estado, que sus actuaciones deben estar permeadas de rectitud, probidad y eficiencia. Es entonces la transparencia un principio rector de la actividad contractual. “... *tales funciones, como actividad estatal que son, tienden a lograr la obtención de resultados positivos bajo estricta sujeción, tanto para la regulación y realización, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa en general.*”³¹

Como se menciona en el documento de la Misión de Contratación la contratación estatal puede ser entendida como un instrumento de política pública³² que le permite al gobierno el desarrollo de su gestión al mismo tiempo que apoya a los sectores económicos de mayor importancia para el país. “*Desde este punto de vista la contratación del sector público se convierte en un instrumento de política pública que puede ser utilizado para fines relacionados con la redistribución del ingreso; apoyo a los sectores industriales que se encuentren en crisis; elemento de negociación para que empresarios nacionales puedan acceder a mercados de compras estatales externos y finalmente como medio para la provisión de bienes públicos*”.³³

El artículo 123 de la Constitución Política establece que “*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.*”³⁴

De igual forma prevé el artículo 210 de la Constitución Política que “*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”³⁵ Como lo ha

³⁰ Corte Constitucional Sentencia C-932 de 2007.

³¹ IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 784.

³² “*Las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios.*” Departamento Nacional de Planeación. “La Misión de Contratación: Hacia un política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.” Tomo II. Pág. 856.

³³ Departamento Nacional de Planeación. La Misión de Contratación: Hacia un política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Tomo II. Pág. 856.

³⁴ Constitución Política, artículo 123.

³⁵ Constitución Política, artículo 210.

previsto la Corte Constitucional³⁶ dichas condiciones se establecerán a través de leyes ordinarias sin que se entienda que por mandato constitucional deban obedecer a la categoría de leyes marco. La Ley 489 de 1998,³⁷ la cual establece que el ejercicio de funciones públicas en cabeza de particulares deberá guiarse por el marco legal de la entidad titular de la función, quien a su vez deberá verificar el cumplimiento de las finalidades estatales ejecutadas por el particular.³⁸

Al ser una condición para el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, que estas se encuentren debidamente delimitadas y reguladas por la entidad estatal titular de la función, los particulares en ejercicio de dichas funciones deberán estar sujetos al mismo régimen de responsabilidad que los servidores públicos miembros de la entidad, dada la transferencia de las funciones de las cuales estos son objeto. *“...igualmente los hechos jurídicos acaecidos con ocasión del ejercicio de funciones administrativas por parte de las personas jurídicas privadas, tienen el carácter de hechos administrativos y por ello generan los efectos que se predicán de esa categoría.*

³⁶ *“De esta manera, lo que hace la ley demandada es justamente determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución. Esta sola circunstancia no la hace participar, como pudiera pensarse, de la naturaleza jurídica de “ley marco”. En efecto, dichas leyes señalan pautas generales que posteriormente son complementadas mediante regulaciones administrativas no particulares. Así pues, siendo que la ley 489 de 1998 no pretende establecer lineamientos generales que luego sean complementados por reglas administrativas de carácter no individual, es claro que no nos hallamos en presencia de una ley marco o cuadro, sino simplemente ante la regulación legal del régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución.”* Corte Constitucional C-866 de 1999

³⁷ La Ley 489 de 1998 también establece los requisitos para poder conferir el ejercicio de funciones públicas a particulares dentro de los cuales establece la celebración de convenios cuyo plazo sea de 5 años, improrrogables, esto último debido a la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional³⁷ del término prorrogable dentro del artículo que así lo establecía. La misma norma establece que para la celebración de dichos convenios será necesaria la elaboración de pliegos de condiciones y seguir los lineamientos de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la selección de los contratistas en cabeza de quienes recaerá el ejercicio de la función administrativa.

³⁸ *“Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones: La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.*

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización. La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio.” Artículo 110 Ley 489 de 1998.

Asimismo, las omisiones en que incurren las personas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas se tienen como omisiones administrativas, y sus efectos deben ser controlados y sancionados por los jueces administrativos."³⁹

En cuanto al alcance de la responsabilidad en la que se ven incurso los particulares personas jurídicas, no sólo será responsable la persona jurídica en sí misma, sino los representantes legales que actúen en nombre y representación de la misma.⁴⁰ Contra todos ellos provendrán las acciones propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como de igual forma le serán aplicables todos los conceptos y teorías sobre el daño en casos de responsabilidad del estado, como es el caso de la responsabilidad por fallas en el servicio o por la generación de un daño especial.⁴¹

Otra implicación para los particulares está en el artículo 26 de la citada Ley 80 de 1993, donde se establece el alcance del principio de responsabilidad el cual se fundamenta principalmente en los regímenes de responsabilidad en que incurren los funcionarios administrativos en el desarrollo de la actividad contractual del Estado. También hace alusión a los casos en los cuales los particulares que están a cargo de funciones administrativas, estarán sujetos al mismo régimen de responsabilidad que los servidores públicos, para lo cual menciona que "*6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o*

³⁹ TAFUR GALVIS, Álvaro. La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado colombiano. La participación. La colaboración convencional. Las empresas públicas. La privatización. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1993. Pág. 71.

⁴⁰ "*La responsabilidad de quienes prestan el servicio público, entendido el servicio como función del Estado, no sólo implica la imputabilidad de las actuaciones de las personas jurídicas privadas, sino también, de quienes sean sus representantes legales.*" MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. Cit. Pág. 61.

⁴¹ En palabras de Mario Roberto Molano "*... son sujetos pasivos de todas las actuaciones patrimoniales de las que pueda ser el Estado por los daños que cause en el ejercicio de sus funciones, lo cual significa que el concepto de daño antijurídico previsto en la Constitución Política, desarrollado ampliamente por la jurisprudencia administrativa, aplica al caso de particulares titulares de funciones públicas en el sentido de establecer fenómenos de responsabilidad objetiva como son los provenientes del daño especial, así como los que tiene que ver con la falla del servicio, o con la falla presunta del servicio cuando dentro del objeto de la función administrativa que esté a cargo de un particular, éste desarrolle actividades peligrosas, o pueda crear riesgos a los demás sujetos de derecho.*" MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. Cit. Pág. 61.

prohibiciones, o por haber suministrado información falsa. 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.”⁴²

Los particulares son sujeto pasivo de la misma clase de responsabilidad por la cual responden los servidores públicos. El desempeño de los particulares en virtud de las facultades atribuidas, deberá ser acorde y por tanto ajustarse a los mandatos constitucionales, primordialmente a lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política. Los particulares deberán observar que en el desarrollo de sus actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones administrativas, cumplan con la aplicación y materialización de los principios de moralidad, eficiencia, eficacia y principalmente de la transparencia en la función pública.

Aún cuando los particulares no están ejerciendo funciones públicas están sujetos al principio de transparencia. Dentro de las actuaciones que deberán realizar los particulares en desarrollo del principio de transparencia, está la inscripción en el Registro Único de Proponentes, donde dejan a la luz pública sus capacidades técnicas, financieras y de organización, las cuales podrán ser controvertidas por los ciudadanos cuando falten a la verdad. En ese mismo registro se acreditarán las multas y sanciones de las que ha sido objeto el contratista, información que deberá ser suministrada por el mismo particular, con lo cual se hace tangible la importancia de hacer pública su probidad para la ejecución de contratos estatales.

Los particulares también deberán registrarse ante el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, ente a quien deberán suministrar la información pertinente sobre los precios y la categoría de bienes que ofrecen a las entidades estatales, lo cual se hace público a través de las bases de datos del Catálogo Único de Bienes y Servicios y el Registro Único de Precios de Referencia.

En cuanto a los regímenes de incompatibilidades e inhabilidades la ley conmina a los particulares a abstenerse de proponer para contratar con el estado cuando tengan conocimiento de estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad.⁴³ De igual forma la norma establece como garantía del principio de transparencia en la actividad contractual que en aquellos casos en que las inhabilidades o incompatibilidades sobrevengan, el contrato deberá

⁴² Artículo 26 Ley 80 de 1993.

⁴³ Artículo 8 Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007.

cederse o en caso de que esto no sea posible, el particular deberá renunciar a su ejecución o a su participación en el proceso de selección.⁴⁴

En consecuencia los particulares los vincula, el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, los principios rectores de la función pública, las normas de la entidad de la cual dependen, y naturalmente las reglas de publicidad y transparencia en materia de contratación pública.

En lo concerniente a la afectación del presupuesto público, en el ejercicio de la contratación estatal encontramos que los recursos que disponen las entidades públicas para la financiación de los proyectos que desarrollan mediante contratos con particulares se lleva a cabo con recursos públicos, cuya asignación encuentra sustento normativo en la Ley Orgánica de Presupuesto.

La Ley del Presupuesto de la Nación es la que determina cuales serán las asignaciones para las entidades territoriales y entidades estatales para cada año, lo cual le permite a éstas saber con certeza cuales serán los recursos con los que disponen en un determinado periodo para la ejecución de las obras a contratar.⁴⁵

Debido a que cuando una entidad pública decide adelantar un proyecto mediante contratación estatal se ponen en juego los recursos públicos, y el cumplimiento de los fines del

⁴⁴ “Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución. Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.” Artículo 9 Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007.

⁴⁵ Según lo dispone el artículo 349 de la Constitución Política⁴⁵, el Congreso de la República deberá expedir el presupuesto general de las rentas de la nación y apropiaciones, cuyo objeto principal consiste en regular la programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto de la Nación así como de las entidades territoriales o entes descentralizados. Sin embargo deberá existir armonía y coordinación entre la Ley Orgánica de Presupuesto y el Plan Nacional de Desarrollo, pues es la ley de presupuesto la que prevé los recursos para la ejecución del mencionado plan, lo cual está íntimamente relacionado con la capacidad de contratación de las diferentes entidades públicas. “Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.” Artículo 352 Constitución Política

estado, es necesario que las actuaciones se surtan dentro del marco del principio de moralidad administrativa, el cual es una manifestación inconfundible del principio de transparencia, como se explicó.

La importancia de los rubros que representa la contratación estatal en el presupuesto nacional podemos observarla en las descripciones del documento La Misión de Contratación, en el cual se manifiesta que la participación de la contratación en el PIB fue mayor a aquella de sectores de la economía de gran importancia como la agricultura e industria manufacturera. *“La participación promedio de la contratación del sector público en el PIB para el periodo (1992-1999) fue de 16%, con un valor máximo de 20% en 1996. Esta participación resulta importante si se tiene en cuenta que la Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura por una parte y por otra, la Industria Manufacturera, tuvieron cada una participación promedio de 14% en el PIB para el mismo periodo.”*⁴⁶

En igual proporción, la corrupción ha permeado las esferas estatales y el campo de la contratación estatal no ha sido ajeno a estas prácticas. Como se mencionará en el punto 2.2.4 de este trabajo, la corrupción es una de las principales causas de ineficiencias en el sector de la celebración de contratos estatales.

Refiriéndose a los principios que rigen la función administrativa, el Consejo de Estado dijo que los *“...anteriores principios”*⁴⁷ regulan todo el campo de acción de la Administración Pública material y adquiere una importancia especial tratándose de la contratación estatal, porque en esta dinámica oficial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público.⁴⁸

El principio de transparencia se convierte en la principal herramienta para un sistema menos propenso a la corrupción y despilfarro de los recursos públicos, cuya afectación trasciende la esfera de lo público: la legitimidad del Estado.

“En conclusión, la corrupción esta generando altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado, con lo que no solamente se afecta la eficiencia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de que manera, la moral pública y la legitimidad

⁴⁶ Departamento Nacional de Planeación. “La Misión de Contratación: Hacia un política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.” Tomo II. Pág. 844

⁴⁷ Igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, y moralidad.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. Consejera Ponente Maria Elena Giraldo Gómez.

del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente enfrente a este fenómeno no solo una necesidad económica sino un imperativo ético.”⁴⁹

2.2 La evolución del principio de transparencia en la contratación estatal

2.2.1 Falencias del Decreto 222 de 1983. Primacía del procedimiento sobre la materia y los principios

La posición mayoritaria de la doctrina coincide en que las principales fallas del Decreto Ley 222 de 1983 radicaban en el exceso de trámites y formalidades que debían cumplir las entidades públicas para la asignación de un contrato estatal, y el casuismo con el que regulaba los procesos que debían regirse por licitación pública.

Los excesivos requerimientos de trámites presentes en el mencionado Decreto Ley 222 de 1983 implicaban graves problemas para la cabal ejecución de la función administrativa debido a la falta de celeridad en la escogencia de los contratistas y las innumerables instancias de control, lo que generaban parálisis en las actuaciones de la administración con graves repercusiones para los administrados, quienes estaban sujetos a una constante ineficiencia. El perjudicado final: los intereses generales de la comunidad.

Sobre el absurdo que representaba las instancias de control y revisión de las actuaciones administrativas al momento de contratar, manifiesta Rico Puerta que *“Entre tales trabas formalistas se encontraba la revisión de determinados contratos por el Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, de tradicional y razonable congestión, la aprobación del Ministerio o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente cuando se trataba de los*

⁴⁹ Departamento Nacional de Planeación. “La Misión de Contratación: Hacia un política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.” Tomo II. Pag. 853

contratos de los establecimientos públicos nacionales que excedían de una determinada cuantía, ...y la obtención de concepto favorable del Consejo de Ministros, que por su carácter de previo y obligatorio, -extensivo a las entidades descentralizadas de los distintos entes territoriales- llegó a impedir no solo el perfeccionamiento sino su ejecución, especialmente en el contrato de obra pública.”⁵⁰

Contrario a la técnica legislativa, el Decreto Ley 222 de 1983 no contenía un marco general en el cual se enunciarían los principios que debían regir en la contratación estatal. Todas las hipótesis de contratación susceptibles de este régimen estaban claramente delimitadas. Dicha delimitación se presentaba con una exposición detallada de los supuestos en que se debían adelantar una licitación pública y era el resultado de un régimen que partía de la mala fe los contratistas y servidores públicos.

“De una manera general puede afirmarse que las disposiciones hasta ahora vigentes que regulan la contratación de las entidades públicas no desarrollan el criterio de la finalidad ni los principios y reglas generales que deben presidir la gestión pública en ese campo. Por el contrario, ponen especial acento en aspectos formales que en realidad son de menor entidad, tales como la tipología de contratos, su definición, objeto, cláusulas, procedimientos y trámites para su formación y perfeccionamiento, entre otros.”⁵¹

La principal consecuencia de esto, es que en ningún evento podrá el legislador prever todas las eventuales situaciones que en la práctica se presente, por lo cual se presentaban vacíos legislativos, lo que para el caso en concreto de la contratación administrativa dieron lugar a un régimen de contratación poco flexible. No se acomodaba a los constantes cambios en la administración y permitía la evasión al régimen contratación estatal.

La Ley 80 de 1993 propuso soluciones. Su contenido debía permitir que el estatuto general de contratación se adaptara a los constantes cambios sociales y tecnológicos. Es a raíz de esto que la Ley 80 de 1993 será concebida como una ley de principios.

“Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación

⁵⁰ RICO PUERTA, Luís Alonso Op. Cit Pág. 7

⁵¹ Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993.” SENA. 1994. Pág. 20

de principios del derecho privado, con los cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental.”⁵²

2.2.2. La Ley 80 de 1993 como una ley de principios

Bajo estas circunstancias aparece la Ley 80 de 1993. Incorpora una nueva visión de la contratación estatal en la cual se desvirtúa el principio de la mala fe de los contratistas, pasando a un régimen basado en la buena fe de las entidades y sus contratantes. Este cambio ideológico permitió el desarrollo de un Estatuto General de la Contratación Administrativa regido principalmente por principios.

En este punto es fundamental referirse a la diferencia entre el concepto de principio y el concepto de regla. “... *la regla es aquella proposición que tiene por objeto describir una acción u omisión, por lo cual su redacción es concreta e impersonal y el intérprete no tiene que emitir ningún juicio de valor, sino simplemente verificar si el caso en concreto encaja o no en la tipificación, lo que se traduce en que la regla no pueda ser aplicable por extensión.*”⁵³

Cuando hablamos de una regla estamos frente a una norma cuya redacción limita la interpretación de la norma a una situación particular y concreta, regulada con gran detalle, en la cual se hace todo lo posible por incluir la mayor cantidad de variables posibles, lo que a su vez implica que no sea posible hacer una interpretación extensiva a otros supuestos no expresamente previstos.

En cuanto al alcance del concepto de principio, Matallana afirma que “Los

⁵² IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 791

⁵³ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993.” Legis. 2003

*principios son criterios que permiten adoptar una posición específica ante una determinada situación, provocando su aceptación o su rechazo; son fruto del consenso de una comunidad respecto de unos valores que ella defiende, lo que tiene como consecuencia que algunos comportamientos se admitan y otros se rechacen.*⁵⁴

Autores como Rico Puerta mencionan que cuando se promocionó la aprobación de la Ley 80 de 1993, se creía que sería una norma de gran magnitud pues se pensaba que su contenido permitiría mayor eficacia en las actividades de contratación estatal, así como la participación ciudadana y un mecanismo idóneo para combatir la corrupción al introducir expresamente los principios que debían regir el régimen de contratación estatal.

Se creía que la expedición de la Ley 80 de 1993 como un estatuto de principios permitiría que las normas allí consagradas no sólo fueran aplicables a casos concretos y situaciones presentes. *“La estructura misma de los principios, dicta que estos confieren una mayor extensión a las reglas negociales estatales, en tanto que su contenido no se agota en el mero texto normativo, sino que otorga al interprete funciones creadoras, interpretativas e integradoras, haciendo pleno el sentido y la significación.”*⁵⁵

Al expedir una norma basada fundamentalmente en principios se buscaba que el alcance de las normas fuera superior y pudieran ser aplicables a casos futuros, pues estas consagraban los valores que la comunidad consideraba como fundamentales en el desarrollo de la contratación estatal y serían estos los que debían prevalecer sin importar las circunstancias que rodearan un caso en concreto. *“Eso explica el mayor contenido hermenéutico del principio respecto del dato normativo. El principio desborda la casuística en tanto que irriga la totalidad de la institución, y por lo mismo permite resolver situaciones no expresamente consagradas por el legislador.”*⁵⁶

Como ejemplo de esta consagración, encontramos principalmente el artículo 24, en el cual se instaure expresamente el principio de transparencia y su materialización en la escogencia de los contratistas mediante licitación pública; en la motivación de los actos administrativos; en la publicidad de las actuaciones de las entidades y la posibilidad de controvertir

⁵⁴ MATALLANA, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Pág. 179.

⁵⁵ RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 27.

⁵⁶ Ibid. Pág. 28

sus decisiones, así como el contenido de los pliegos de condiciones.⁵⁷

Otro avance fundamental en materia del principio de transparencia fue la consagración del deber de selección objetiva, con el cual se impone a las entidades estatales la obligación de analizar las ofertas de los proponentes únicamente considerando como las opciones que mejor favorezcan a la entidad y el cumplimiento de sus fines. “ ... se impone a la administración la obligación de efectuar las comparaciones de propuestas mediante diversos mecanismos, entre ellos el cotejo de los diferentes ofrecimientos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores, todo ello con el propósito de que la evaluación del ofrecimiento más favorable, cualquiera que sea la modalidad de selección (licitación, concurso o contratación directa), se realice de una manera razonada y con fundamento en la ponderación de todos los factores considerados en su conjunto.”⁵⁸

Con esto se pretendía eliminar los criterios subjetivos o de afecto al momento de escoger los contratistas, no solo para los casos de licitación pública sino también para los eventos de contratación directa, por lo cual materializa la transparencia al impedir las asignaciones a dedo por los servidores públicos. “Los artículos 24 y 29 del nuevo estatuto establecen expresamente el principio de selección objetiva para la escogencia de contratistas,

⁵⁷ “Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: 1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...) 2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. 3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. 4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios. 5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: (...) 6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato. 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia. 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto. 9o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.” Artículo 24 Ley 80 de 1993

⁵⁸ Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993.” SENA. 1994. Pág. 60

aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita y que había llevado al errado criterio de identificar licitación o concurso con selección objetiva, y contratación directa con selección subjetiva, caprichosa o arbitraria del funcionario.”⁵⁹

De igual forma, como una manifestación del principio de transparencia en la Ley 80 de 1993, se creó el Registro Único de Proponentes, como mecanismo para dar publicidad a la información sobre la capacidad técnica y financiera de los proponentes. Esta se tiene en cuenta como un criterio para la evaluación de las ofertas presentadas en los procesos de selección de contratistas.

Aun cuando efectivamente la Ley 80 de 1993 dio consagración legal a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, su materialización en la práctica de los procesos de contratación estatal fue deficiente. Esta ineficiencia fue ocasionada debido en el articulado de la ley se establecía que con base en los principios se debían adelantar ciertas actuaciones en particular. Es decir, se iniciaba consagrando el principio que debía regir la actividad, pero nuevamente se hacia una regulación detallada.

Como lo menciona Rico Puerta⁶⁰, los beneficios que pregonaba ser titular dicha ley fueron opacados por la ineficacia en su aplicación real, al evidenciar que seguíamos contando con un régimen de contratación estático, donde por más que existiera una consagración legal de los principios que debían regir esta actividad, en la práctica era simplemente una consagración simbólica.

Este autor se pregunta si la existencia de los principios esta condicionada a su inclusión normativa.⁶¹ Sobre el particular cabe mencionar que se cree que los principios no dejan

⁵⁹ Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993.” SENA. 1994. Pág. 58.

⁶⁰ “ ... la expedición de un Estatuto Contractual para la Administración Pública, Ley 80 de 1993, señalada en su momento y advertida por sus gestores como modernista y ágil en la totalidad de sus regulaciones, con elementos participativos de la comunidad en el proceso contractual y herramienta eficaz para combatir la corrupción que había llegado a niveles alarmantes ... Tales bondades, explicadas en el acto de su sanción, al poco tiempo de iniciada su vigencia fueron rezagadas por la contundente realidad que entraba en contradicción, por el rígido esquema contractual, con las particulares calidades económicas de la Administración Pública en diferentes niveles o la especialísima naturaleza de su gestión en otras. ” RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 9.

⁶¹ “Es por ello que, aunque un orden jurídico no aluda específicamente a los principios, no los enliste siquiera, ello no niega su existencia, puesto que siendo ellos la base axiológica de la sociedad, es evidente el consenso sobre su vigencia. Su existencia no esta condicionada por su consagración normativa, porque el orden normativo aluda expresamente a ellos, sino por ser la base fundamental de la vida comunitaria, las

de existir si no se encuentran expresamente previstos en una norma, pero que su consagración legal si facilita su aplicación real y efectiva. “Desde luego que cuando la norma consulta el principio, se obtiene no solo validez y eficacia, sino también legitimidad, en tanto se ausculta la realidad y se dota al operador de instrumentos principales para transformarla, lo que hace que los principios tengan por finalidad, la realización de los valores fundantes y fundados de ese grupo social y de sus sistema jurídico.”⁶²

2.2.3. La Ley 1150 de 2007 como herramienta legislativa para reforzar los mecanismos anticorrupción

La Ley 80 de 1993 significó un avance normativo al enmarcar la actividad contractual del Estado bajo la observancia de los principios constitucionales propios de la función administrativa y particularmente los de transparencia, responsabilidad y economía.

Algunos de los principales problemas que se presentaron en la Ley 80 de 1993 con relación al principio de transparencia se encontraban relacionados, nuevamente, con los diferentes mecanismos para evadir el proceso de selección mediante licitación pública.

Tal es el caso de los contratos interadministrativos, los cuales no debían regirse por el trámite de licitación⁶³. Las entidades estatales adelantaban procesos de contratación con otras entidades estatales logrando escapar a los supuestos que las obligaban a adelantar licitaciones públicas.

Un ejemplo de esto lo encontramos en el caso de ASOMAC y el departamento del Cauca, del cual hablamos en el punto 1.2, pues el departamento del Cauca decidió

reglas nutrias del orden, de la cooperación, de la solidaridad, de la paz, del poder y de la justicia.” RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 27.

⁶² RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 27.

⁶³“Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio: 1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:... c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.” Artículo 24 Ley 80 de 1993.

contratar con la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano para evitar la licitación pública, vulnerando el principio de la moralidad administrativa y la transparencia.

Igual fenómeno se presentaba con los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación. Según lo expresamente previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 estos se regirían por lo reglamentos de aquellas entidades, en lo relativo a su procedimientos de formación y adjudicación, por lo cual, no era obligatorio regirse por el Estatuto General de la Contratación Administrativa.⁶⁴

Con respecto al deber de selección objetiva⁶⁵ la Ley 80 de 1993 se quedaba corta toda vez que se limitaba a expresar cuales eran los procedimientos que se debían adelantar pero no profundizaba en explicar cuales eran los criterios objetivos que debían ser evaluados.⁶⁶

Otro de los principales problemas que se evidenciaron en la Ley 80 de 1993, radica en la poca flexibilidad del proceso de selección de contratistas a través de licitaciones públicas. Es decir, la licitación pública aparecía como un procedimiento engorroso al momento de contratar cierta clase de bienes y servicios, por lo cual se buscaba evitar este mecanismo de selección de contratistas.

La poca eficiencia de la licitación pública era evidente, pues debían seguir el mismo proceso un contrato que pretendía la construcción de una vía de gran importancia como la compra de un lote de sillas o escritorios para las oficinas de la entidad estatal.

⁶⁴ “Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.” Artículo 13 Ley 80 de 1993

⁶⁵ Según lo establecido por el autor Rico Puerta en su libro “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal”, con la Ley 80 de 1993 el deber de selección objetiva no se limitaba exclusivamente a los procesos de selección de contratistas mediante licitación pública, sino que también era aplicable a los eventos de contratación directa. A diferencia de esto, Edmundo del Castillo en su artículo “El Principio de Transparencia en la Reforma del Estatuto de la Contratación Administrativa” establece que uno de los principales errores que buscaba corregir la Ley 1150 de 2007, era precisamente que el deber de selección objetiva solo fuese aplicable a los casos de licitación pública, y que fuera extensivo a las demás modalidades de selección, incluida la contratación directa.

⁶⁶ La Ley 80 de 1993 se limitaba exclusivamente a afirmar que la selección objetiva se presentaba al estudiar las propuestas más favorables para la entidad. “*1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable.*” Artículo 25 de la Ley 80 de 1993

Como respuesta a estos inconvenientes, aparece la Ley 1150 de 2007, cuyas intenciones fueron claras. Lograr la mayor eficiencia en la utilización de recursos, con base en una política del estado gerencial, y manejar con transparencia los procesos de selección.

El título del proyecto de ley elaborado por el Gobierno Nacional⁶⁷, que posteriormente terminó por convertirse en la principal modificación al estatuto general para la contratación pública, radicado en la Secretaría General del Senado de la República el 25 de julio de 2005 con No.020/2005S⁶⁸, era dicente: *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre contratación con recursos públicos”*.⁶⁹ (Subraya fuera del texto).

La Ley 1150 de 2007 no pretendía derogar completamente la Ley 80 de 1993, ni modificar en gran medida su estructura. Por el contrario, buscaba consagrar mecanismos para un sistema de contratación estatal más transparente y eficiente. *“El proyecto de ley en estudio, ..., tal y como se manifestó durante su trámite en el Senado de la República, no pretende derogar o introducir una modificación total al Estatuto de Contratación vigente... busca introducir medidas que propendan por hacer más transparente y eficiente la gestión contractual pública.”*⁷⁰ (Subraya fuera del texto).

Para garantizar la eficiencia en la actividad contractual era pertinente abordar el tema de la debida utilización de los recursos públicos, aspecto este que indudablemente

⁶⁷ Ministro del Interior y de Justicia, Sabas Pretelt de la Vega, y; Andrés Uriel Gallego Henao, Ministro de Transporte.

⁶⁸ Dice el inicio de la exposición de motivos: *“Honorable Senadores: Es motivo de particular satisfacción para el Gobierno Nacional, presentar por su conducto a la consideración del Congreso de la República una iniciativa legislativa de gran importancia para la reforma del Estado colombiano, consistente en la modificación al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción.”*... *“El proyecto de ley que hoy se presenta es fruto de una ya larga discusión sobre la forma de superar la evidente obsolescencia de las reglas contractuales públicas en nuestro país.”*... *“No creemos en consecuencia en la premisa propia de regulaciones anacrónicas, en el sentido de que la proliferación de trámites sea la forma de evitar prácticas corruptas.”* (Subraya fuera del texto). Exposición de motivos, Proyecto de Ley 020 de 2005, radicado en el Senado de la República. Gaceta 458/05.

⁶⁹ Este Proyecto de Ley con correspondió a la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, Posteriormente fue acumulado con los proyectos legislativos No 057 de 2006 Cámara, y 13-2005, 19-2005, 32-2005, y 83-2005 Senado.

⁷⁰ Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.

toca el tema de la disminución en la corrupción, y por lo tanto la creación de un sistema de contratación estatal transparente.

Esas nuevas herramientas correspondieron principalmente a mecanismos para garantizar la selección objetiva de contratistas, sin evadir las modalidades de selección propias del régimen de contratación administrativa, y aparecen las obligaciones de publicación y expedición de documentos en sistemas electrónicos de información. *“Para ello ... la obligación en cabeza de las entidades de publicar proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, la implementación de las audiencias públicas en licitaciones públicas, la convocatoria pública en procesos de contratación directa, fijación de factores de selección objetivos, lineamientos para evitar el direccionamiento de los pliegos de condiciones, así como el fortalecimiento de mecanismos para la divulgación de la información contractual, con lo cual se busca fortalecer la participación ciudadana en los procesos y actuaciones contractuales que adelanten las entidades públicas.”*⁷¹

Se abordó la problemática de los contratos interadministrativos estableciendo que estos se regirán por contratación directa solo en determinados eventos y dando cabal cumplimiento a los requisitos allí expuestos.⁷² De lo contrario deberán regirse por licitación pública al igual que los procesos que adelantan los particulares, garantizando así la debida

⁷¹ Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.

⁷² “La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...) c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de instituciones de educación superior públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.” Artículo 2, numeral 4, Ley 1150 de 2007.

utilización de los recursos.⁷³

Igualmente con el artículo 20⁷⁴ de la Ley 1150 de 2007 se buscó dar solución a la contratación financiada con recursos de organismos internacionales estableciendo que se regirán por los reglamentos de la entidad que financia el proyecto, cuando los recursos aportados por esta sean sumas iguales o superiores al 50% del costo del contrato.⁷⁵

No obstante las anteriores soluciones, algunos de los principales avances de la Ley 1150 fueron indudablemente dar mayor alcance al deber de selección objetiva, establecer cuatro modalidades de selección de contratistas y la preponderancia al principio de transparencia garantizando la publicidad de las actuaciones mediante sistemas electrónicos.

El desarrollo del deber de selección objetiva se evidencia en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁷⁶, en el cual se establecen con toda claridad los criterios que deberán tener en

⁷³ “Se adoptan medidas para evitar la elusión de procesos de selección mediante las figuras de los contratos interadministrativos que hoy se han convertido en la vena rota de los recursos del Estado. En adelante se utilizará esta figura siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora y que cuando esta deba subcontratar no quede eximida del deber de regirse por los lineamientos de la Ley 80 en cuanto a selección y demás principios que la rigen, además de imponerse la prohibición de subcontratar a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.” Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.

⁷⁴ “Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.” Artículo 20 de la Ley 1150 de 2007

⁷⁵ “Igualmente y en relación con la contratación que se realiza con organismos de asistencia, ayuda o cooperación internacional, se establecen estrictos requisitos evitando en primer lugar, el manejo y ejecución de recursos públicos. Por parte estas entidades, además de establecer mecanismos para que los órganos de control ejerzan vigilancia sobre las contrataciones que se realicen con dichos organismos, así como la imposición por parte de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la información relativa a la ejecución de tales contratos.” Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.

⁷⁶ “(...) En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo...

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el

cuenta las entidades estatales al momento de seleccionar la oferta más favorable. Esto busca evitar la desviación del poder, situación contraria a la transparencia en la contratación estatal.⁷⁷

En este nuevo régimen se entiende que la licitación pública es una de las modalidades de selección, pero que atendiendo a la naturaleza del contrato se debe escoger el mecanismo pertinente. Las diversas modalidades de selección de contratistas, se sustentan en que existen diferentes clases de contratos y por lo tanto la selección de algunos contratistas debía hacerse mediante mecanismos más eficientes.⁷⁸

Con relación a la publicidad encontramos que la Ley 1150 de 2007 busca dar un mayor alcance al derecho de información de los particulares, implementando sistemas electrónicos de publicidad. Estos mecanismos ya habían sido evaluados y ponderados por Dávila Vinuesa cuando se refería al principio de publicidad y medios electrónicos como materialización del principio de transparencia en el Decreto 2170 de 2002.

Dicha materialización se presentaba pues los sistemas electrónicos para la publicación de documentos aparecían como la herramienta fundamental para dar a conocer en forma masiva las decisiones y actuaciones de la administración. Dicho conocimiento les permite a los particulares ejercer un control sobre las actuaciones desarrolladas por la administración toda vez

cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.” Artículo 5 Ley 1150 de 2007

⁷⁷ “Como se anotó anteriormente, la evaluación de las ofertas se centrará en aspectos puramente técnicos y económicos, de tal forma que las condiciones del proponente como la capacidad jurídica, administrativa, operacional, financiera, experiencia, etc. no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento, es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso. Igualmente se establece que los procesos de adquisición de bienes o servicios específicos y de características uniformes se realicen teniendo en cuenta el precio como factor determinante de la escogencia del contratista.” Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.

⁷⁸ Es así como aparece que en todos los casos, siempre habrá algún mecanismo de selección de contratistas, pues aun cuando existen reglas especiales para cada caso, aparece la licitación pública como un mecanismo supletivo que garantiza la transparencia. “Lo anterior significa que la determinación de la vía negocial estatal siempre tiene a la licitación como vía alternativa para el evento de que el legislador no haya previsto una especial para el asunto que ha de contratarse. Por idéntica razón, el rastreo y la determinación de la vía negocial que hoy la reforma exige a las entidades estatales, sustentarlo, puede hacerse de dos maneras: La primera, verificando si el asunto o la cuantía que ha de contratarse tiene regla especial, es decir, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa ...La segunda vía, que es consecuencia del no hallazgo de norma expresa de esa primera diligencia ...consiste en acudir al “residuo procedimental”, y a la vez a la regla general, es decir, a la licitación pública. De esta manera y por ese doble carácter, la licitación pública garantiza que siempre existirá procedimiento negocial aplicable, así el legislador no haya dispuesto uno específicamente para un asunto, bien o servicio determinado”. RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 96.

que es posible controvertirlas. *“Dicha materialización se justifica por la existencia actual de sistemas de comunicación masiva que hoy en día están al alcance de muchas entidades y oferentes. El principio, entonces, es el mismo y se mantiene inalterable tal y como deviene de la ley. Lo que cambia es su expresión pues en la actualidad no tiene sentido, salvo explicables excepciones, conservar mecanismos de publicidad que se antojan como arcaicos e incluso atentatorios contra la misma esencia de aquel... Mientras el principio se mantiene en la ley, por esencia con vocación de permanencia en aras de la seguridad, el reglamento, caracterizado por el dinamismo, hace que modernidad aterrice a la contratación sin necesidad del cambio legislativo.”*⁷⁹

La Ley 1150 de 2007, plasmó estos mismos lineamientos en sus artículos 3° y 8°, que tuvieron posterior desarrollo con el Decreto 2474 de 2008, con lo cual tiene plena aplicación la tesis de Dávila Vinueza, no sólo sobre la trascendencia de la utilización de sistemas electrónicos para el principio de publicidad, sino que adicionalmente su aplicación y los aspectos que deberán ajustarse constantemente para garantizar la transparencia y evitar la corrupción se hacen mediante reglamento.

El gran avance de la Ley 1150 de 2007 es profundizar en mecanismos en la lucha contra la corrupción, en búsqueda de la eficiencia y la transparencia en la actividad contractual del Estado. Además resaltó la importancia de la publicidad a través de sistemas electrónicos como garantía del principio de transparencia.

2.2.4. Ineficiencias que causa la corrupción en el Estado colombiano

La palabra corrupción se ha definido como el acto de apropiarse indebidamente de lo público. Significa a su vez la supremacía de los intereses particulares de quien detenta poder, sobre los intereses públicos que deben regir la prestación de los servicios a cargo del Estado.⁸⁰ En consecuencia es un atributo peyorativo propio de quien obra con poder de dirigir y servir los intereses públicos, y en su actuar pone por encima la satisfacción de los intereses propios o de los particulares allegados a él.

⁷⁹ DAVIAL VINUEZA. Luís Guillermo. Op. Cit. Pág. 182

⁸⁰ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMÍREZ MORA, Juan Manuel: “La Corrupción en la Contratación Estatal Colombiana una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”. 2006.

En un estudio elaborado por Edgar Enrique Martínez y Juan Manuel Ramírez⁸¹, se explica el fenómeno de la corrupción desde la teoría de lo que ha sido llamado un análisis económico de la conducta humana. Explican que el hombre, como un agente económico en el mercado es siempre racional. Ser racional en economía significa buscar la maximización de beneficios propios. *“Para la teoría económica, es claro entonces, que los gobernantes y burócratas no son distintos de los demás agentes económicos⁸² y, en concreto, que no actúan movidos por el interés de los demás – de la sociedad, de los ciudadanos-, sino por su interés personal. Por tanto, a la hora de tomar una decisión, sólo tendrán en cuenta el bienestar social en la medida en que esto condicione su propio interés personal, por ejemplo, porque de este modo podrán conseguir, retener o mejorar su empleo, incrementar su remuneración, desarrollar su carrera, aumentar su prestigio personal y social, etc.”*⁸³

En este sentido, la corrupción será, por regla general, el resultado de la posibilidad de obtener ingresos y satisfacciones personales más elevadas que las que resultan del actuar con probidad, apego a la ley y garantizando los intereses públicos.

Como causas de la corrupción, las cuales deben tenerse en cuenta al desarrollar estrategias para combatirla se han identificado las siguientes: (i) arbitrio en la toma de decisiones y bajo nivel de responsabilidad del funcionario público; (ii) poca probabilidad de ser sancionado penal o disciplinariamente de una manera rápida y eficiente; (iii) poder monopolístico del funcionario que presta el servicio frente al usuario; (iv) bajos salarios; (v) escaso costo moral por aceptar sobornos, y poca retribución por la honestidad, y; (vi) sobornos lo suficientemente atractivos como para persuadir al agente.⁸⁴

Los estudios económicos y sociales sobre los efectos de la corrupción en la administración pública son alarmantes y desalentadores. La aproximación a su análisis empieza desde una perspectiva económica.

En la medida en que los servidores públicos no actúen como tales, sino que se conviertan en agentes buscadores de renta, distorsionan la función pública. Este tipo de

⁸¹ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMIREZ MORA, Juan Manuel: Op. Cit.

⁸² El estudio cita a Hunter y Shah (2000) quienes postulan que un individuo actuando en su propio interés será corrupto si: $E(B) - (N \times E(G)) - (\text{Prob}(P) \times (p)) > 0$. En donde E= expectativas; N = número de transacciones corruptas; G = Beneficios de la corrupción; Prob (P) = la probabilidad de ser descubierto; P = penalidad por ser corrupto.

⁸³ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMIREZ MORA, Juan Manuel. Op. Cit.

⁸⁴ Ibidem.

funcionarios no estarán enfocados en satisfacer las necesidades colectivas sino que por el contrario estarán buscando las propias. Así la función de lo público se torna totalmente ineficiente e inútil.⁸⁵

El hecho de que el pago de sobornos sea un costo fijo para acceder a los servicios del estado, y además para acceder a su prestación como es el caso en concreto de la actividad contractual, implica que los particulares deban incluir dentro de sus balances los costos que el pago del soborno implique. Estos costos naturalmente se trasladarán a la población inadvertida que, quien vía el pago de impuestos o el pago de tasas para acceder a un servicio deberá asumir proporcionalmente el monto por el cual el servicio se hizo más costoso con motivo del pago de sobornos al funcionario público de turno.

Según el estudio “La Corrupción en la Contratación Estatal Colombiana una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”, “...los funcionarios públicos colombianos consideran que en un promedio del 47.7% de las licitaciones públicas se realizan pagos adicionales para asegurar su adjudicación, hasta por un monto que puede alcanzar en promedio el 17.7% sobre el valor total del contrato...”⁸⁶

En este sentido tenemos que por lo menos en la mitad de los servicios que se prestan como resultado de un proceso de licitación, que resulta ser la inmensa mayoría (o por lo menos así debería ser), los colombianos tienen que pagar un 17.7% adicional en promedio para acceder a los servicios públicos que de este proceso contractual se derivan. Es decir, se podría asimilarlo al pago de un IVA adicional por la prestación del servicio. Es la hora de preocuparnos más por la corrupción, para facilitar y reducir los costos de acceso a los servicios del Estado.

El estudio revisado muestra la preocupación por el impacto de la corrupción en el crecimiento económico según un cálculo obtenido por el Departamento Nacional de Planeación, a partir de la estimación de las comisiones pagadas por la contratación pública, según los fallos de responsabilidad fiscal y las cifras de los organismos de control. Allí se evidencia que el costo de la corrupción ascendió entre 1991 y 1996 a \$742 mil millones de pesos, lo que equivale a casi un punto del producto interno bruto, PIB.⁸⁷

Para la Organización Transparencia por Colombia “la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMÍREZ MORA, Juan Manuel. Op. Cit.

⁸⁷ Ibid. Pág. 153.

ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno.”⁸⁸

La corrupción en materia de contratación pública no se queda atrás. La importancia para combatirla la explica el documento Conpes 3249 de 2003, el cual planteó la problemática de la corrupción y las ineficiencias del proceso contractual del Estado.

Una de las grandes preocupaciones que presenta el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, son los altos índices de corrupción en la adjudicación de los contratos. La selección adversa de los contratistas no sólo preocupa por la falta de transparencia, la corrupción, y el tráfico de influencias, sino por su eminente efecto en el incremento de los costos de transacción en la actividad contractual, la disminución de ofertas, y los altos costos para el erario público. Dice textualmente el documento que *“en Colombia el valor promedio del soborno en un contrato público es del 19% del valor del mismo, según una encuesta realizada por el Banco Mundial (BM)”⁸⁹.*

La corrupción y la selección adversa dejan en el empresario privado una sensación que desmotiva la participación y la libre competencia a los procesos de selección. Según el mismo Conpes, la sensación de corrupción desde el año 2000 viene en creciente. Cada vez son menos quienes aspiran a participar en una relación contractual con el Estado. *“Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia: i) la competencia injusta, ii) la complejidad en el proceso licitatorio y iii) tener contactos personales dentro de la entidad contratante...”⁹⁰.*

Para la Organización Transparencia por Colombia, de igual forma considera que la corrupción es un límite a la libre competencia de particulares a los procesos contractuales con el Estado, pues *“...según la Encuesta de Probidad 2006, el 84,4% de los empresarios se*

⁸⁸ Organización Transparencia por Colombia.

<http://www.transparenciacolombia.org.co/transparencia/tabid/68/Default.aspx>.

⁸⁹ Banco Mundial (2002) “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una estrategia Anticorrupción para Colombia.” Es pertinente señalar que los resultados presentados están basados en encuestas de percepción, realizadas en: Bogotá, Medellín, Cali, Cúcuta, Ibagué, Cartagena y Yopal, para un total de 8.308 entrevistas, divididas así: 3.493 usuarios, seleccionados entre las personas que visitaban las entidades públicas en busca de un servicio, permiso o licencia, 3.472 funcionarios públicos de 166 entidades públicas del nivel nacional, departamental y municipal en sus diversos niveles jerárquicos y 1.343 empresarios seleccionados al azar con base en registros de empresas existentes. No se enfatizó que las empresas tuvieran vínculos directos con el Estado en materia de negocios.

⁹⁰ Departamento de Planeación Nacional. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3249 de 2003. Pág. 5.

abstiene de participar en procesos de contratación con el Estado, porque considera que la competencia no es justa, ya que hay politización en el proceso de contratación y pagos no oficiales.”⁹¹

Los estudios expuestos en el documento Conpes, realizados por la Dirección de Estudios Económicos de la Dirección Nacional de Planeación arrojan que la participación del sector público en el PIB, mediante la contratación, es cercana al 12%. Lo que aunado a la importancia que reviste la contratación, como herramienta para alcanzar los cometidos estatales, haría suponer la existencia de una política seria sobre el uso eficiente de los recursos en la actividad contractual.

El documento Conpes, además de recomendar las modificaciones pertinentes a la Ley 80 de 1993, que tenderían a unificar el grupo de principios inspiradores del estatuto único, eliminar los regímenes excepcionales, y replantar el principio de selección objetiva, entre otras, propendería por que se eliminaran las barreras legales para contemplar en Colombia un sistema de contratación electrónica. Sus bondades están por verse.

Según la Organización Transparencia por Colombia, la corrupción causa pobreza y crea barreras que impiden superarla, en la medida que afecta más a las personas de escasos recursos. Según esta Organización los sectores menos favorecidos tienen menos opciones de enfrentarse a las limitaciones de acceso a los servicios públicos. A su vez, en estos sectores tiene un mayor impacto la asignación inadecuada de recursos y *“el resultante estancamiento del desarrollo económico”*.⁹²

Según esta misma Organización⁹³, la corrupción es un problema transfronterizo que viola los derechos humanos; atenta contra la democracia; impide el desarrollo económico; es una causa del deterioro medioambiental, y; una herramienta del crimen organizado.

Para la lucha contra la corrupción se han propuesto diferentes herramientas. A saberse los sistemas de publicidad que promuevan y faciliten un control público ciudadano inmediato, permanente y en tiempo real; la celebración de pactos de integridad con funcionarios

⁹¹ Organización Transparencia por Colombia.

<http://www.transparenciacolombia.org.co/transparencia/tabid/68/Default.aspx>.

⁹² Organización Transparencia por Colombia.

<http://www.transparenciacolombia.org.co/LACORRUPCI%C3%93N/Porqu%C3%A9%20lucha/tabid/99/Default.aspx>

⁹³ Ibidem.

públicos⁹⁴; la creación de veedurías ciudadanas⁹⁵; e inclusive, la creación de normatividad en el marco de organismos internacionales.⁹⁶

Se ha concluido en estos estudios que la publicidad de los procesos contractuales ha sido una de las mejores herramientas para prevenir las prácticas corruptas. En la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, se dijo: *“Uno de los mejores métodos para frustrar la corrupción ha sido permitir el acceso del público a los registros contables. Otros métodos han sido establecer reglamentos de contrataciones, sistemas de frenos y contrapesos entre*

⁹⁴ Según la Organización Transparencia por Colombia Los pactos de integridad son acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en los diferentes momentos de un proceso de contratación de recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad y la probidad del mismo. Las características fundamentales del Pacto son: hacer explícitas las conductas que se quieren prevenir; señalar las sanciones para quien viole los compromisos adquiridos y los mecanismos para aplicarlas, y; definir quién decide si se violan las conductas éticas.

⁹⁵ Según la Ley 850 de 2003, se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

La vigilancia de la gestión pública por parte de la Veeduría Ciudadana se podrá ejercer sobre la gestión administrativa, con sujeción al servicio de los intereses generales y la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad.

Será materia de especial importancia en la vigilancia ejercida por la Veeduría Ciudadana la correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como estos se asignen conforme a las disposiciones legales y a los planes, programas, y proyectos debidamente aprobados, el cumplimiento del cometido, los fines y la cobertura efectiva a los beneficiarios que deben ser atendidos de conformidad con los preceptos antes mencionados, la calidad, oportunidad y efectividad de las intervenciones públicas, la contratación pública y la diligencia de las diversas autoridades en garantizar los objetivos del Estado en las distintas áreas de gestión que se les ha encomendado.

⁹⁶ La importancia de la lucha contra la corrupción ha llevado a que en el seno de las Naciones Unidas se expida legislación para combatir la corrupción. Uno de estos documentos es el Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General en 1979. Este existe una cláusula que ordena a los funcionarios públicos “evitar la corrupción y luchar contra ella vigorosamente”. También la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales internacionales, de 1996, se llama al sector privado y al público a cumplir con las leyes en los estado extranjeros, y a ser consientes del efecto económico que su trasgresión podría generar. A su vez el Fondo Monetario Internacional creo un “Código sobre prácticas de transparencia en las políticas monetaria y financieras y su declaración de principios”. Su objetivo, aumentar los índices de transparencia en el sector público y financiero.⁹⁶ El 31 de octubre de 2003 fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

*departamentos importantes y organismos de vigilancia o de auditoría.*⁹⁷

2.3. Formas como se materializa el principio de transparencia en la contratación estatal

El principio de transparencia ha tenido el mayor desarrollo doctrinal y constitucional en materia de contratación pública. La importancia de esta actividad en el presupuesto, la participación de particulares y funcionarios públicos en su gestión, y su finalidad en los intereses públicos lo justifica todo.

De esta actividad del Estado se predica que en aras de un cabal respeto por el principio de transparencia la escogencia de los contratistas se debe realizar por regla general mediante licitación pública. Sólo en contados eventos se admite otros medios como la contratación directa, no obstante también debe seguir parámetros de transparencia. A su vez, todas las actuaciones que se surtan en el proceso contractual, precontractual y postcontractual deben estar plenamente motivadas, salvo aquellas de mero trámite. También se entiende por transparencia la existencia de pliegos de condiciones con reglas claras y justas, elaboradas y desarrolladas en abstracto y que no se encuentren dirigidas a un participante en particular. Es desarrollo del principio de la transparencia la prohibición de la selección adversa, las reglas objetivas de selección, y lo que más importancia representa, que los procedimientos sean públicos y de amplia difusión popular.

Se propone ahora desarrollar los elementos que se consideran más importantes como desarrollo del principio de la transparencia en la actividad contractual del Estado. No se debe perder el enfoque del trabajo, en donde por más que se hubiese querido desarrollar con mayor amplitud este principio, sólo apunta a sustentar la importancia de los innovadores métodos para garantizar la transparencia, que se explicarán en nuestro tercer capítulo.

2.3.1. En los mecanismos de selección objetiva de contratistas según los postulados de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Licitación Pública como regla general

⁹⁷ Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.
<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm>

Los mecanismos incorporados en el estatuto contractual del Estado deben velar por una selección transparente de los contratistas. El proceso de selección debe ser claro, justo y transparente. No debe haber lugar a que se presente diferencias entre los participantes o que se favorezca una u otra propuesta por sentimientos de afecto o desafecto entre los candidatos a contratar con el Estado.

Según la doctrina y la Jurisprudencia actual, el procedimiento de selección de contratistas que con mayor seguridad garantiza un proceso transparente, es el mecanismo de la selección por licitación pública.⁹⁸

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dice que en virtud del principio de transparencia la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público. Por su misma connotación de público se garantiza que participe toda la población interesada. Consecuencia natural de la intención de contratar de la entidad pública, es que esta deba surtir pluralidad de avisos, y permitir la libre y pública concurrencia. El proceso de selección, previo el haber permitido que formularan propuestas todos los interesados, estará enmarcado en reglas objetivas claras y justas, contenidas en los pliegos. Estos a su vez se darán a conocer al público, junto con los documentos y estudios que los sustentan desde el inicio del proceso. El fin último es satisfacer el interés general.⁹⁹

La naturaleza de la ciencia jurídica implica que las reglas no son absolutas. En virtud del principio de transparencia no se puede decir que siempre se deban surtir los procesos

⁹⁸ En palabras del Consejo de Estado: “...el principio de transparencia, en virtud del cual se dispone que la escogencia del contratista, en la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, excepto en los casos, en que, por ciertas condiciones especiales que ameritan cierta rapidez o especificidad, es necesario acudir a formas de contratación directa...” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

⁹⁹ “... en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios ya mencionados... La selección del contratista mediante la licitación pública o concurso, como lo señaló este Tribunal, es uno de los aspectos que merece especial interés en el Estatuto de Contratación Pública (...), pues se garantiza que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia del contratista, serán claros, nítidos, transparentes, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho...” Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002.

de selección por la vía licitación pública. Existen criterios y principios como el de seguridad pública, celeridad en los procedimientos, urgencia, cuantía y la misma naturaleza del contrato que justifican que se exima la posibilidad de surtir el trámite de licitación pública.¹⁰⁰

La selección abreviada no presenta mayor dificultad en cuanto a la transparencia pues por regla general el procedimiento es el mismo aunque corto y sumario para garantizar su eficiencia¹⁰¹. La selección de consultores de proyectos se surte por concurso de méritos¹⁰², por ser el caso en el que prima el intelecto sobre cualquier otro elemento del contrato. En estos casos, la convocatoria a su vez deberá ser pública en aras de respetar la transparencia del proceso. Por último, cuando se trata de la contratación directa, también se deberá dar publicidad a todos los procedimientos y se justificará la elección de este procedimiento, aunque no se convoque al público en general.¹⁰³

En conclusión, la mayor expresión del principio de transparencia está en que por regla general y salvo contadas excepciones, la selección del contratista se surta por la vía de la licitación o concurso público.¹⁰⁴ Corresponde este mandato a una obligación de origen legal, que permite sólo en excepciones apartarse de esta.

¹⁰⁰ Las excepciones que permiten al Estado sustraerse de la licitación pública están justificados en los siguientes factores: (i) el factor cuantía, como es el caso de los procesos de menor cuantía que se surten por selección abreviada, o los de mínima que no están sujetos a la plenitud de formalidades; (ii) el factor de la naturaleza del contrato como es el caso de los empréstitos públicos, arrendamientos y compras de inmuebles, el desarrollo de actividades tecnológicas, entre otros que se surten por contratación directa; la selección de compradores para las ventas de bienes del estado se surte por selección abreviada; (iii) la imposibilidad de licitación o concurso como cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado e inclusive la urgencia manifiesta, caso en el cual se podrá proceder mediante contracción directa, o cuando se declare desierta la licitación, caso en el cual se procede mediante selección abreviada; (iv) la calidad del sujeto contratista, como es el caso de los contratos interadministrativos, y los que celebren las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta en lo que concierne a las actividades en las que están en libre competencia con los particulares, caso en el cual también se permite la contratación directa, y; (v) la finalidad del contrato, como en el caso de las adquisiciones para a defensa y seguridad nacional, o trabajos artísticos y profesionales que se celebren *intuitu personae* caso en el cual también está permitido proceder por contratación directa.

¹⁰¹ Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 2.

¹⁰² Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 3.

¹⁰³ Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4.

¹⁰⁴ En la segunda edición del libro “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993, publicada antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, nuestro profesor Luís Guillermo Dávila Vinuesa se refirió a la licitación pública como materialización del principio de transparencia en los siguientes términos: “La principal manifestación del principio de transparencia se da en la obligación legal que la selección de contratistas es a través de licitación o concurso públicos y solo excepcionalmente de manera directa, garantizando el principio general mediante la consagración de causales precisas de contratación directa en el numeral 1 del artículo 24”.

2.3.2. El principio de transparencia se manifiesta en la selección objetiva del contratista

Nos hemos referido al proceso de selección del contratista mediante la licitación pública como la regla general, ahora bien la selección en concreto del contratista ganador del concurso debe estar sujeta a reglas objetivas. Estas están contenidas en los pliegos de condiciones. “... *en los pliegos de condiciones... se detallarán... especialmente los aspectos relativos a la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección... consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato...*¹⁰⁵.”

La Ley 80 de 1993 en su artículo 24 establece que en desarrollo del principio de transparencia, en los pliegos de condiciones se indicarán los requisitos objetivos para participar en el proceso de selección, para elaborar las propuestas y para conocer con precisión la calidad de los bienes u obras que requiere la entidad, y las condiciones de cumplimiento.

La selección objetiva de un contratista es aquella que se hace para satisfacer los fines del contrato. Su propuesta debe ser la más favorable para la entidad.

La selección objetiva implica que no se tengan en cuenta ninguna clase de motivaciones subjetivas en la selección del contratista. Una motivación subjetiva en una decisión de la administración es causal de anulación del acto que la contiene, trasgrede el ordenamiento legal y el fin del estado de proteger los intereses generales sobre los particulares. En suma, como se vio en el capítulo sobre la moralidad, también vulneraría este derecho colectivo, lo que entre otras consecuencias haría que el proceso se pudiera revisar incluso vía una acción popular.

Las reglas de selección contenidas en los pliegos de condiciones no pueden ser modificadas inconsulta o arbitrariamente. Dicha modificación alteraría los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y selección objetiva. Su intangibilidad desarrolla el principio de transparencia, pues una modificación caprichosa implica cambiar las reglas de juego que vinculan tanto a la entidad contratista como al particular concursante. Además, conllevaría implícito

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2006. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

un cambio al contenido del contrato para el cual el proponente ha aprovisionado sus esfuerzos y el cual está determinado a cumplir.

El Consejo de Estado ha mantenido esta misma tesis, la cual fue expuesta en sentencia del 29 de enero de 2004, y reiterada mediante providencia del 8 de junio de 2006. En estas providencias sostuvo esta Corporación: *“la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara a su arbitrio, las reglas de la selección...”* (La subraya fuera del texto).

La segunda sentencia fue el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta contra el Gobernador del Valle del Cauca quién en un proceso licitatorio modificó el pliego de condiciones fuera de la situación prevista en el artículo 30.4 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁶, al cambiar los parámetros con los que se evaluarían las ofertas, argumentando que de mantenerla de la manera como estaba en el pliego de condiciones, el presupuesto de costos previstos para el departamento se vería seriamente afectado. Luego de haberse modificado injustificadamente el pliego, la causal con la que se atacó la legalidad del acto administrativo que declara desierta la licitación, fue desviación de poder.

Los proponentes elaboran sus ofertas sujetos a las reglas de selección planteadas en los pliegos. Una modificación injustificada vulnera la legalidad del proceso y del contrato. La propuesta de los participantes *“... implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias...”*.¹⁰⁷ La igualdad también se afecta, pues una modificación inesperada puede leerse como una vulneración al principio de la transparencia, y como en el caso expuesto, verse inmerso en una desviación de poder.

Sobre el particular, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 consagra de manera expresa que *“las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley...”*.

¹⁰⁶ Este numeral se refiere a la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones. Terminada esta la entidad podrá modificar los pliegos en los términos que considere pertinente.

¹⁰⁷ En la referida sentencia contra el Gobernador del Valle del Cauca se cita a SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I. Montevideo 1963, Pág. 553. A su vez, es jurisprudencia reiterada pues lo mismo se expuso en la sentencia de 16 de enero de 1975 de la misma sala y sección, Magistrado Ponente: Gabriel Rojas Arbelaez.

En esta misma sentencia, se dijo que en desarrollo del principio de transparencia, igualdad, imparcialidad y de selección objetiva, los pliegos deben ser elaborados con la suficiente antelación y deben contener reglas claras que no den lugar a confusiones.¹⁰⁸

En otra sentencia el Consejo de Estado reiteró: *“Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección... comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas... en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva.”*¹⁰⁹

Otra manifestación del principio de la transparencia en la selección objetiva del contratista está en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En estos eventos se considera riesgoso que la contratación este motivada por las condiciones individuales del participante, o presionada e influenciada por las pociões sociales y políticas que este haya ejercido o actualmente ejerza. Recordemos que ninguna motivación subjetiva puede estar presente en la contratación pública.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 prohíbe a la entidad incluir anuncios o indicaciones en los pliegos de condiciones sobre el nombre o cargo de algún servidor público. Pues estas estipulaciones, en la mayor de las veces *“sólo tiene como propósito el crecimiento de la imagen del funcionario pero ninguna relación directa con el servicio público que es el fin último de la contratación estatal”*¹¹⁰

Las reglas de selección de contratistas son una barrera a la corrupción en los procesos contractuales. Nótese que están encaminadas a blindar los procesos de selecciones de contratistas hechas a dedo o con motivaciones subjetivas. Los parámetros para elegir a los que

¹⁰⁸ Además de la sentencia citada, se puede consultar la sentencia de la misma sala, proferida el 29 de enero de 2004; Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. También la sentencia de 26 de marzo de 1992, Consejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Expediente No. 76001-23-31-000-1996-02716-01, 8 de Junio de 2006

¹¹⁰ RICO PUERTA, Luís Alonso. Op. Cit. Pág. 636.

tendrán la posibilidad de colaborar con el Estado en la consecución de sus fines no pueden ser otros que los que se establecieron en el pliego de condiciones, que deben tender por satisfacer las necesidades de la entidad, y no las del contratista. Es entonces, un desarrollo más del principio de transparencia en la actividad contractual.

2.3.3. El principio de publicidad y la posibilidad de controvertir las decisiones de la administración, como una manifestación del principio de transparencia

La transparencia implica la posibilidad que tienen los particulares de conocer las actuaciones de la administración, de concurrir libremente a los procesos de selección de contratistas, de mantenerse informados sobre las actuaciones que se surtan en el proceso, de ejercer control, de que se contrate por criterios objetivos, que no se pretenda favorecer a los particulares con procesos que implican un alto costo para el erario público y de conocer las verdaderas razones que motivan las decisiones.

Frente a este último punto las entidades suelen creer que un mero recuento histórico de los hechos cronológicamente organizados o frases sacramentales como decir que no se acogen las razones del recurrente o no se comparten sus observaciones, satisfacen el principio de publicidad. Nada más ajeno a la realidad. La motivación reclamada se garantiza cuando se explican las verdaderas razones que sustentan una decisión.¹¹¹

Otra de las formas como se materializa el principio de transparencia en la actividad contractual del Estado, es mediante la obligación de hacer públicas todas las actuaciones que se surtan durante la actividad contractual. Se considera que un proceso secreto y donde no se permita la veeduría de cualquiera que manifieste interés por verificar el uso que se da a lo público sería aberrante. Lo secreto está prohibido, salvo asuntos de reserva legal.

El estatuto actual de contratación pública consagra de manera precisa los mecanismos de publicidad de los actos contractuales. Cómo se explicó y se profundizará más adelante trajo avances en materia de tecnología y medios de control basados en hacer públicos los

¹¹¹ DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Op. Cit. Pág. 178.

procedimientos. La publicidad de los procesos es garantía del principio de transparencia. Permite ver a través de los procesos, conocer su contenido y dismantelar los actos contrarios al interés general. También es presupuesto y garantía de la moralidad administrativa.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 24 ordena que en virtud del principio de transparencia *“las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público...”*. A su vez, *“las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen las patentes, procedimientos y privilegios”*.

También deben ser públicos los pliegos de condiciones desde que son proyecto de pliegos junto con los estudios previos que sustentaron su elaboración. *“Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes... La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.”* La adjudicación de los contratos a su vez, se hace en audiencia pública.

Otras aplicaciones del principio de publicidad y transparencia en contratación estatal son: las publicaciones que hacen las Cámaras de Comercio de los requisitos habilitantes como el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial; la obligación de las entidades contratantes de remitir a las Cámaras de Comercio la información general sobre las licitaciones que se pretendan abrir para que integren el boletín mensual; las publicaciones de actos y contratos en el Portal Único de Contratación, en el diario Único de Contratación del Diario Oficial, en las páginas web de las entidades y en el Sistema Para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, de la Contraloría General de la República, entre otros. Sobre estos volveremos más adelante.

El numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 dice: *“los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evolución, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.”*

Al derecho de conocer la motivación de las actuaciones públicas, debe añadirse la posibilidad de controvertirlas.¹¹² La motivación es garantía de que se darán a conocer por la entidad las razones que sustentan sus decisiones. A lo largo del estatuto actual se encuentran

¹¹² DÁVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Op. Cit. Pág. 179.

pluralidad de situaciones en las que se le permite a los particulares objetar y controvertir las decisiones que se tomen en el proceso.

Así, la información que registren los particulares en las Cámaras de Comercio podrán ser objetadas por el público por considerarlas contrarias a la realidad; en la audiencia de aclaraciones del proyecto pliegos se pondrán de manifiesto las inquietudes que surjan sobre los proyectos de pliegos y demás documentos y estudios previos que fundamentaron su elaboración; contra los actos administrativos en desarrollo de esta actividad procede el recurso de reposición y la acción contractual, según su naturaleza; contra los actos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición; el acto de adjudicación podrá impugnarse vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

“Como se observa, el principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa entre otros, los cuales deben presidir la actuación de las entidades públicas en ese campo”¹¹³

2.4 Pilares de la contratación estatal electrónica

Para adentrarnos en el estudio de la evolución de los sistemas electrónicos de publicación de las actividades de contratación estatal en Colombia, es necesario hacer referencia a los elementos que justifican la existencia de mecanismos electrónicos en el desarrollo de esta actividad estatal.

En primer lugar se mencionarán cuales son los elementos sobre que fundamentan la existencia de estos mecanismos, haciendo referencia a su evolución en Colombia y si la implementación de los mismo a nivel nacional cumple con los requerimientos internacionales de para la contratación estatal a través de sistemas electrónicos

¹¹³ Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. División de Comunicaciones y Divulgación. “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993”. Primera edición, Bogotá, 1994. Pág. 45.

Para autores como Roberto Laguado¹¹⁴ y Erick Rincón¹¹⁵, debido a la importancia que representa la actividad de la contratación estatal por el monto de los recursos económicos que afecta, tal y como se menciona en el punto 2.1 del presente trabajo, es necesario que sus actuaciones sean de público conocimiento garantizando así principios de transparencia, economía, eficiencia y celeridad.

Según estudios realizados por organizaciones internacionales como lo es la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés) el uso de la tecnología y de mecanismos electrónicos es de vital importancia para el desarrollo de sistemas legales en los que se promueva la publicidad de documentos y se busque acortar la distancia que separa a la administración de sus administrados.¹¹⁶

Con el fin de dar una real aplicación los principios de transparencia y economía, se ha afirmado que la contratación estatal por medios electrónicos encuentra sustento en dos pilares fundamentales a saber, la publicación de información¹¹⁷ y lo que la doctrina ha denominado el principio de equivalencia funcional.

Respecto de la publicación de información y documentos a través de páginas web de las entidades estatales, se ha establecido que este elemento por si solo no es suficiente para poder afirmar que estamos ante un sistema de contratación estatal electrónico, pues si bien la función de

¹¹⁴ “The study of GP (Government Procurement) mixes up issues related to administrative law, trade law, commercial law, litigation, foreign investment, public policy and economics. Regarding the last topic-the economic relevance of GP-, Colombian studies have shown that GP accounts for over 16% of the GDP. It has been well recognized that GP sets in motion a large number of economic transactions and plays an important role in the economies of developing countries as a tool for industrial development and domestic policy.”(Subraya fuera del texto) LAGUADO GIRALDO, Roberto. Public Policy and the New Regulatory Framework on Electronic Government Procurement in Colombia. Universitas Bogotá, No. 110; 147-190. Julio-diciembre de 2005. Pág.15

¹¹⁵ “La eficiencia, eficacia, economía y transparencia en los procesos contractuales del Estado representan un mejor uso de los recursos administrativos, de personal y económicos de la entidad pública contratante, como también redundan en un beneficio de los proponentes y contratistas, al obtener respuestas ágiles por parte (sic) la administración y de la comunidad en general. Es en dichos aspectos donde entra a cumplir un papel importante del uso de las denominadas tecnologías de la información y comunicación –TICs – en contratación...” RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Contratación Electrónica. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006. Pág. 128

¹¹⁶ “With the appearance of internet, a new concept was introduced within government’s affairs: “e-government”. E-government seeks to shorten the distances between public authorities and citizen with the use of information technology and mostly internet.” LAGUADO GIRALDO, Roberto. Op. Cit. Pág 151

¹¹⁷ “Works inside UNCITRAL, regarding the future of GP procurement, have shown that the electronic disclosure and electronic publication of procurement related information is a pillar in eGP (Electronic Government Procurement) legislations. This pillar can be labeled as “Information and disclosure requirement”. (Subraya fuera del texto) LAGUADO GIRALDO, Roberto. Op. Cit. Pág 159

informar a la ciudadanía es de vital importancia, para que estemos realmente ante un sistema electrónico realmente integrado y en funcionamiento será necesaria la presencia del segundo elemento, la equivalencia funcional.¹¹⁸

Este elemento hace referencia a la validez de los documentos que se encuentran publicados electrónicamente y a la expedición de documentos por esta misma vía. En definitiva se puede decir que la equivalencia funcional es un principio que pretende dar la misma validez legal a los documentos que se expiden por medios electrónicos como a aquellos que han sido expedidos físicamente en papel, así como permitir otras expresiones de las autoridades por este mecanismo como lo es la firma digital.¹¹⁹

Rincón¹²⁰ sin referirse expresamente al término de equivalencia funcional, señala la importancia de la reorganización al interior de las entidades estatales, para que los servicios que se prestan por internet trasciendan de una simple publicación y se logre alcanzar un punto ulterior, como lo es llevar a cabo actuaciones por medios electrónicos.

En cuanto a la evolución del principio de equivalencia funcional en el sistema legal colombiano, Laguado menciona que con el nacimiento a la vida jurídica normas como el Decreto 2170 de 2002, se creyó que había empezado una nueva era para la contratación estatal electrónica, pero en opinión del autor, esto se hace más plausible con la expedición de la Ley 962 de 2005.¹²¹

¹¹⁸ “Despite the fact that this definition was provided by authorized organizations in the field, it lacks one important element, e-GP can not be limited to disclosure of GP related information. If IT is being introduced to procurement, is (sic) shall benefit all aspects of procurement, not only the need for publicity and disclosure.” LAGUADO GIRALDO, Roberto. Op. Cit. Pág. 158

¹¹⁹ “This pillar which has been labeled the “Functional Equivalence” principle, has been applied to the electronic commerce and also to the public sector. In a simplified fashion, Functional Equivalence means that electronic communications such as e-mails, should receive the same legal treatment that paper based documents enjoy.” Ibid. Pág. 159

¹²⁰ “...es pertinente advertir que no basta con introducir el uso de las nuevas tecnologías a la administración pública, ni que se ofrezca algunos servicios por Internet, sino que se requiere una reorganización de los servicios administrativos de las administraciones públicas. Dentro de esa reorganización de los servicios administrativos se encuentra la revisión de los procedimientos administrativos clásicos y de las formas tradicionales de actuación de la administración, para que se puedan surtir por medios electrónicos.” RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Op. Cit. Pág. 128

¹²¹ “Colombian legislation had clearly incorporated electronic disclosure information with the enactment of Decree 2170/2002...Some said that Colombian framework developed the Functional Equivalence principle for eGP, other did not agree...While these discussions were held, one new law was silently and timidly passed: Law 962/2005. This law will change the history of eGP as it welcomes the functional equivalence pillar for GP, putting end to previous undesirable approaches.” LAGUADO GIRALDO, Roberto. Op. Cit. Pág. 153

A diferencia de esto autores como Rincón¹²² consideran que en la Ley 527 de 1999 y Ley 80 de 1993 se encuentran consagradas las herramientas legales necesarias para implementar la contratación estatal por medios electrónicos, pues el autor considera que para que esto se lleve a cabo no es necesario una gran cantidad de normas y reglamentación, pues la utilización de las tecnologías de información y comunicación –TICs-, como él las denomina, puede tener cabida sin que existan leyes que las regulen en profundidad.

En este punto es necesario hacer una breve referencia a la evolución de los dos pilares de la contratación estatal en Colombia. En las disposiciones del Documento Conpes 3072 de 2000 se sugirió la implementación de un plan compuesto por tres fases para dar aplicación a los sistemas electrónicos en el ámbito gubernamental.¹²³

En la primera fase del plan se buscaba dar publicidad a las decisiones de las entidades estatales en internet. Con la segunda fase se pretendía evolucionar la fase 1, tendiente a alcanzar las disposiciones del segundo pilar de la contratación electrónica es decir, la equivalencia funcional. Para dicho fin, las entidades estatales no sólo debían cumplir con la obligación de publicación de información sino que debían establecer un contacto directo con los administrados mediante el uso de sistemas electrónicos. Por último, las entidades debían empezar a realizar transacciones de contratación vía electrónica, por lo tanto como lo afirma Laguado Giraldo, es con esta última etapa que entra a regir en Colombia un verdadero mecanismo de contratación estatal en línea.¹²⁴

¹²² “Será que los servidores públicos se extralimitan en sus funciones al utilizar las TICs en la contratación pública, si sólo operan al amparo de la legislación vigente? Considero que la respuesta a explorar es la contraria a la que se ha sostenido, toda vez que encontramos en la Ley 527 de 1999 y en la Ley 80 de 1993, para nuestro caso puntual de contratación pública, las herramientas legales necesarias para que la administración pública adelante procesos de selección de contratistas y celebre con ellos contratos estatales, sin requerir grandes reformas legales o expedición de leyes habilitantes.” RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Op. Cit. Pág. 130

¹²³ “In 2000, Policy Document CONPES 3072/2000 Agenda de Conectividad (Connectivity Agenda) created a Presidential Program with the precise task of making the Government the model user of IT. Policy document CONPES 3072/2000 suggested a three-phase model for the introduction of IT to the county: information, interaction and transaction.” LAGUADO GIRALDO, Roberto. Op. Cit. Pág 161

¹²⁴ “In the information stage, governmental entities displayed information about their public functions in the internet; in the interaction stage, entities were required to interact electronically with citizens and, in the transaction phase, public bodies were required to contract electronically with private suppliers, This last stage is the origin of eGp strategies and public policies regarding eGP in Colombia.” Ibidem.

Sobre las diferentes leyes y normas que han desarrollado cada una de estas fases, se hará mención en los siguientes capítulos, mencionando normas tales como la Ley 527 de 1999, Ley 1150 de 2007, el Decreto 2170 de 2002, el Decreto 2474 de 2008, y demás instrumentos legales que han servido para desarrollar el concepto de contratación electrónica y sus pertinentes sistemas electrónicos de publicidad en Colombia.

Por último es preciso verificar, si los grandes avances que se han presentado en este ámbito en Colombia, están en armonía con las disposiciones internacionales, que le den garantía a la aplicación y validez de los instrumentos electrónicos que están siendo implementados en Colombia.

Sobre el particular cabe destacar que las normas que se han expedido para dicho fin se ajustan a los planteamientos de la CNUDMI, al desarrollar con más profundidad los pilares de información, transacción e interacción, estos últimos semejables al principio de equivalencia funcional, así como el posicionamiento de Colombia dentro del ranking mundial sobre gobiernos electrónicos, estando dentro de los 25 países con mayor participación electrónica¹²⁵ y como un país que promueve las discusiones públicas sobre asuntos de gran envergadura.¹²⁶

Sin embargo lo anterior, se considera que la efectividad de la contratación estatal por medios electrónicos no es sólo un fenómeno legal, sino tiene aspectos sociológicos, por lo cual es necesario que las entidades públicas y los particulares sean conscientes de la trascendencia de éstos mecanismos para garantizar el adecuado funcionamiento de la administración y la transparencia en la actividad contractual del estado.¹²⁷

¹²⁵ “In e-participation, though many countries expanded their participatory services, a few remained limited in their provision of relevant and qualitative tools for user feedback. According to the E-participation Index 2005, the United Kingdom, as in previous years, was the leader, followed by Singapore (0.9841) and then the United States (0.9048). From among the developing countries, Mexico, Chile and Colombia were among the world leaders in participation services.” Global E-Government Readiness Report 2005.

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021888.pdf>

¹²⁶ “As table 5.6 indicates, fifty-five countries (or 31%) encouraged citizens to participate in discussing key issues of importance. Forty-seven countries (or 26%) also allowed the citizen some choice of topics for online discussion. Canada, Mexico, Netherlands and New Zealand are the best in this but some developing countries have made gains too. Among those with the best sites are Belarus, Brazil and Colombia.”

Global E-Government Readiness Report 2005.

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021888.pdf>

¹²⁷ “Sin embargo, y como se ha señalado antes, esto implica un cambio no solo tecnológico, sino jurídico, organizacional y “sociológico” de la administración pública... Igualmente, es claro que el cambio propuesto debe hacerse de manera gradual y paulatina, más aún en países como el nuestro, y es por eso que considero que la contratación directa –como se le denomina en nuestro derecho colombiano- se configura como el plano ideal para que se dé la inclusión del uso de las nuevas TICs, sin que ello implique mayores traumatismos

3. Sistema electrónico de publicación en la contratación estatal como uno de los mecanismos para materializar el principio de transparencia

La utilización de sistemas electrónicos en la actividad pública contractual está antecedida por la evolución de los medios de comunicación y la moderna eliminación de las barreras de acceso

jurídicos, técnicos y “sociológicos”, tanto para la administración y sus órganos de control como para los contratistas del Estado y los jueces del contrato.” RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Op. Cit. Pág. 129

a la información. La evolución de los medios de comunicación impuso la rapidez y eficiencia en el acceso y consulta de datos en tiempo real. Más pronto que tarde se iba a encontrar una respuesta en el cuerpo normativo de los estados que en sus propias actividades buscarían adaptarse a los beneficios de las nuevas tecnologías.

En la exposición de motivos del proyecto que más adelante se convirtió en la Ley 527 de 1999 presentado al Congreso de la República por los Ministros de Justicia y del Derecho, de Desarrollo, de Comercio Exterior y de Transporte, se expuso que Colombia cuenta con un desarrollo normativo obsoleto en el uso de tecnología para el intercambio de bienes intangibles (entendiéndose por esto comunicación), siendo que la tecnología en asuntos de comunicación agiliza y hace más eficiente la labor.

“El desarrollo tecnológico que se viene logrando en los países industrializados, permite agilizar y hacer mucho más operante la prestación de los servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles, lo cual hace importante que nuestro país incorpore dentro de su estructura legal, normas que faciliten las condiciones para acceder a canales eficientes de derecho mercantil internacional, en virtud a los obstáculos que para éste encarna una deficiente y obsoleta regulación al respecto¹²⁸”.

Saliendo adelante en el Congreso de la República, la mencionada Ley se convirtió en el primer antecedente en Colombia que emanado del Congreso legislara el uso de mensajes de datos¹²⁹. En desarrollo del análisis constitucional de esta disposición legal *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”*¹³⁰, se hizo nuevamente evidente la necesidad de actualizar los regímenes jurídicos, en la creación de sistemas electrónicos que regulen el intercambio de información entre particulares, y entre estos y el Estado.

En palabras de la Corte Constitucional: *“este cambio tecnológico ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales, de modo que puedan*

¹²⁸ Gaceta del Congreso No. 44, 24 de abril de 1998, pp. 26 ss.

¹²⁹ En concordancia con el artículo 2 de la Ley 527 de 1999 se entenderá por mensaje de datos la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000.

*eficazmente responder a las exigencias planteadas por la creciente globalización de los asuntos pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal.*¹³¹

Esta importancia posteriormente fue reiterada por el fallo de constitucionalidad¹³² del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007¹³³, con la cual se incorporó legalmente la expedición electrónica de actos que se expidan con ocasión a la actividad precontractual y contractual del Estado.

La implantación de la equivalencia funcional de los medios físicos de comunicación con los medios electrónicos consagrado en la Ley 527 de 1999, no es exclusiva del ámbito privado ni mercantil como pudiera parecer. Siendo proyecto de ley, en el Congreso se le eliminó la alusión expresa que hacía a la materia de comercio electrónico, pues restringía su aplicación. Con lo anterior se amplió la equivalencia funcional entre los medios de intercambio de datos físicos y los electrónicos, lo que se convirtió en el gran aporte de esta ley.

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000.

¹³² Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 2008.

¹³³ Artículo 3o. de la contratación pública electrónica. “De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual: a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento; b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y; d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.” Ley 1150 de 2007, artículo 3°.

“... la Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, aun cuando sus orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil. Al respecto recuerda el señor Procurador en su intervención que del análisis del respectivo expediente legislativo se comprueba que si bien el proyecto inicial restringía el contenido de la norma al campo exclusivamente comercial, éste se fue ampliando para hacer finalmente referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos. En este sentido en el texto definitivo se eliminó la alusión al “comercio electrónico en general” contenida en el título del capítulo I de la parte primera de la ley, para hacer simplemente referencia a “las disposiciones generales”.¹³⁴ (Subraya fuera del texto).

El artículo 10 de la Ley 527 de 1999 consagró la novedad. Los mensajes de datos tendrán la misma fuerza probatoria que los documentos físicos. Dice la norma: “*En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.*”

La aplicación de mensajes de datos ya era procedente para campos ajenos al comercio electrónico. Su espectro se amplió a otros horizontes. De esta manera, estamos ambientados para desarrollar cual fue la evolución de los sistemas electrónicos de publicidad en contratación estatal.

La transparencia del proceso en la actividad contractual, implica necesariamente publicar todos los actos administrativos, los documentos, los contratos y en general la totalidad de los actos derivados de la actividad precontractual, contractual y postcontractual.

Surge entonces la necesidad legislativa de invocar sistemas electrónicos, en principio para regular la motivación de las actuaciones y la expedición de los actos administrativos y otros documentos en general que se fuese a emitir la entidad contratante, ahora vía electrónica.

No obstante en la vida moderna los medios de comunicación electrónicos revisten en sí una connotación de gratuidad y facilidad para acceder a la información ella contiene, su novedad y altura tecnológica hacen imperante un sistema oficialmente regulado para su funcionamiento.

Los avances en tecnología del Estado colombiano vienen desarrollándose desde hace casi una década. Estas políticas han impulsado el uso de nuevas tecnologías en sistemas de información

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia 259 de 2008.

y mecanismos de comunicación con un objetivo claro: fortalecer la transparencia en la gestión pública.

En este sentido se creó la Agenda de Conectividad en el año 2000 para impulsar el uso y masificación de nuevas tecnologías en mecanismos de información y medios de comunicación. En el año 2002 se expidió la Directiva Presidencial 02 promoviendo el uso de Internet y páginas web de todas las entidades públicas de la rama ejecutiva.

La Contraloría General de la República no se quedó atrás. Esta desarrolló un sistema de información electrónica que le permitiera cumplir con su actividad de auditora fiscal. A este instrumento se le llamó Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, que se creó con la Ley 598 de 2000. En él se incorporaban las cifras relevantes de la actividad contractual y mediante su página web contractual y se confrontaban con los registros de los precios de referencia. Así se convirtió en un mecanismo conducente para proteger el patrimonio público. El Decreto del Gobierno, 3512 del 2003 reglamentó las funciones, operación y organización del SICE.

El Programa de Gobierno de los años 2002 – 2006, trajo como propósitos políticos el fortalecimiento de la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, el fortalecimiento de la transparencia y la protección de lo público. Entre las formas de participación estaría hacer más público el proceso contractual y la utilización de nuevas tecnologías que facilitarían el proceso.

Teniendo en cuenta que uno de los principales elementos del Estado Comunitario está en el referido seguimiento y control de la gestión pública, el Gobierno se ha comprometido en el diseño de sistemas de información y en general de herramientas que permitan de una parte, hacer más visible para la ciudadanía los avances y resultados en los diferentes campos que entraña la gestión pública, con el objeto de fortalecer los mecanismos de control ciudadano, y de otra, asegurar que el contenido de las medidas administrativas que se tomen por las entidades refleje las necesidades de los sectores involucrados.

Acorde con estas políticas de gobierno, en el proyecto de ley 020 de 2005, naturalmente de iniciativa gubernamental, se buscó fortalecer una serie de instrumentos que además de hacer más visible el entorno que rodea a las decisiones de la gestión contractual, permitan en el mediano y largo plazo construir un sistema integral y unificado de información y gestión electrónica.

Como un avance al soporte legal para celebrar contratos por medios electrónicos, la Ley 1150 de 2007 dictó las normas que proporcionaron la seguridad jurídica necesaria a estas

operaciones, dando plena aplicación en la contratación pública a los postulados de la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico.

La posibilidad de que se surtan actuaciones electrónicas, así como la expedición de actos administrativos y publicación de documentos está sustentada en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

Esta ley se fundamenta en la definición de medios y aplicaciones electrónicas de la Ley 527 de 1999, al hacer la invocación expresa de sus mandatos: *“Artículo 3. De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.*

El uso de herramientas tecnológicas apoya la selección objetiva en la celebración de contratos estatales en desarrollo de los principios de transparencia y eficiencia para la contratación estatal.

“En un futuro no muy lejano se abrirán las puertas para que el sector público colombiano entre a los mercados digitales aprovechando sus beneficios, ahorros y bondades.”¹³⁵

3.1 Páginas web de las entidades públicas

Concientes de los niveles de seguridad, fácil acceso, confiabilidad y eficiencia que brinda los medios de comunicación basados en el intercambio de mensajes de datos, era el momento de dar el paso hacia mecanismos electrónicos de publicidad en los procesos de contratación pública.

El proceso iba a ser cauteloso y debía cuidar el recelo que para muchos significa el estar incurso en procedimientos que se surtan vía electrónica. Los principios de igualdad, libre acceso a la información y democratización de los procesos pueden ser vistos como en riesgo cuando

¹³⁵ Exposición de motivos, Proyecto de Ley 020 de 2005, radicado en el Senado de la República. Gaceta 458/05.

se habla de publicar procesos contractuales en una página web. No es un secreto que el acceso a Internet de los colombianos es restringido por sectores. No obstante, los niveles de eficiencia de estos métodos se sobrepone a sus opositores y obligan al Estado a ponerse a la vanguardia con la tecnología de los medios de comunicación, garantizando su libre acceso.

En su oportunidad dijo la Corte Constitucional: *“Los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.”*

Luego del Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, de la Contraloría General de la República, la primera aproximación a los sistemas de publicidad por medios y sistemas electrónicos en materia de contratación pública surgió con la expedición del Decreto 2170 de 2002, cuya motivación dice: *“Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”* (Subraya fuera del texto).

Con el Decreto 2170 de 2002 se pretendió fortalecer la aplicación del principio de transparencia en contratación pública, revestir de publicidad y libre acceso a la información por parte de los particulares y garantizar la selección objetiva.¹³⁶

Este Decreto se aproximó a lo que sería la implantación de procedimientos tecnológicos en los procesos de contratación pública. Se crearon obligaciones a cargo de las entidades que tuvieran la suficiente plataforma tecnológica como para montar una página web propia.

De igual forma ordenó que los mecanismos de información interactiva entre los particulares y la entidad debían definirse en los pliegos de condiciones. En estos se debía indicar el carácter oficial de los mensajes de datos y se señalaría la aplicación de la Ley 527 de 1999.

¹³⁶ Según el Documento Conpes 3249 de 2003, con el Decreto 2170 de 2002 *“...se materializan algunas de las propuestas contenidas en los cien puntos del programa de gobierno, que apuntan al fortalecimiento de los principios de transparencia y selección objetiva a través de la generalización de las audiencias públicas en los procesos de contratación, la masificación de la información, (...) dirigidos a neutralizar el direccionamiento de pliegos de condiciones y de términos de referencia y la introducción de lineamientos para la utilización de herramientas de información y comunicación en la contratación pública.”* Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento 3249 de 2003.

En América Latina se evidenciaba el mismo fenómeno, como lo manifiesta la Organización Transparencia por Colombia, *“Muchos de los países (de América Latina) adaptaron reglas según los planes y programas relacionados con la reforma del Estado y la contratación pública, el desarrollo de las TIC (Tecnologías de Información y Comunicación) y su papel frente a estos ejercicios.”*¹³⁷

En la página web de la entidad se debían surtir algunas de las actuaciones y se publicarían, determinados documentos. Los actos del proceso contractual que no estaban revestidos de solemnidades que impidieran su expedición en la página web de la entidad, serían exhibidos en esta. Tal fue el caso de la publicación de los proyectos de pliegos, que se debían publicar en la página web de la entidad contratante, cuanto menos 10 días antes de la resolución de apertura del proceso licitatorio o concurso. Ante la ausencia de la posibilidad de realizar esta publicación, la entidad debía publicar un aviso en un diario de amplia circulación nacional, donde indicaría el lugar donde se podían consultar de forma gratuita el proyecto de pliego de condiciones.

Lo mismo se dijo frente al texto definitivo de los pliegos de condiciones. *“El texto definitivo de los pliegos de condiciones o términos de referencia será publicado en la página web de la entidad al momento de dar apertura al proceso de selección”*¹³⁸.

A su vez, ante la ausencia de la plataforma tecnológica, la entidad debía optar por la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según fuere el caso, donde se debía indicar en que lugar de la entidad se podían consultar estos documentos en forma gratuita. También era factible escoger cualquier otro mecanismo de publicidad de los pliegos definitivos, con tal que se entendiera que se dan a conocer al “público en general”.

Como innovación, se previó la posibilidad de notificar por medios electrónicos el acto de adjudicación al proponente favorecido. *“La comunicación a que se refiere el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se podrá surtir a través del empleo de un mensaje de datos”*¹³⁹ en

¹³⁷ Transparencia por Colombia. Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública.

¹³⁸ Decreto 2170 de 2002. Art. 2.

¹³⁹ Ley 527 de 1999 Art. 2. *“Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por: a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;”*

*aquellos casos en que la entidad cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento”.*¹⁴⁰

Para la verificación de los precios y condiciones del mercado, la regla general es la consulta del Registro Único de Precios de Referencia, que administra el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, de la Contraloría General de la República, el cual propende por asegurar el cumplimiento del principio de transparencia.¹⁴¹ A su vez, cuando el acceso a este sistema, o la conectividad sean restringidos, la verificación de los precios de las listas deberá llevarse por escrito y a su vez publicarse en la página web de la entidad.¹⁴²

En definitiva, existía la obligación para todas las entidades con la suficiente capacidad tecnológica de publicar en la página web de la entidad, a lo menos la siguiente información: los proyectos de pliegos de condiciones; las observaciones y sugerencias a los mismos; el acto que dé apertura al proceso; los pliegos de condiciones; el acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones el informe de evaluación de las ofertas, el acta de la audiencia de adjudicación; el acta de la audiencia pública realizada para la conformación dinámica de la oferta; los contratos firmados, y; las sanciones ejecutoriadas que se profieran, entre otros.

Salvo en los casos de entidades con precariedades tecnológicas, estas publicaciones revestían un carácter obligatorio, y comprometían la responsabilidad disciplinaria del funcionario que omitiera su cumplimiento. A su vez, la garantía de la intangibilidad de la información publicada recaía en cabeza de la entidad.¹⁴³

¹⁴⁰ Decreto 2170 de 2002. Art. 3. Parágrafo.

¹⁴¹ “En efecto, si para garantizar la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines del Estado, la ley creó el Catalogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, como un conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras que contratan las entidades estatales, no es materia ajena a la regulación misma de la Ley 598 de 2000, sino parte integrante de la misma, que se haya dispuesto que la publicación de los contratos contenga además, los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios, adquiridos de conformidad con el CUBS, pues se trata justamente de uno de los mecanismos considerados por el legislador para garantizar dicha transparencia y facilitar la vigilancia de la contratación estatal.” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-384 de 2003.

¹⁴² “Así, es claro que el legislador al establecer la obligación de consultar el RUPR y el CUBS lo hizo para todas las entidades estatales y en todos los casos y no se estableció un límite pues, como se dijo, dicha consulta no es vinculante y, adicionalmente, busca el desarrollo de principios de economía, transparencia y publicidad los cuales se deben respetar en todos los procesos de contratación sin importar la cuantía de los mismos.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 2 de febrero 2005. Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Rad. No. 10010326000200400044 00.

¹⁴³ Que se pueda garantizar la intangibilidad de la información es un principio rector de la Ley 527 de 1999 en cuanto a la utilización de mensajes de datos se trata.

Otras novedades del Decreto 2170 de 2002, fue crear la posibilidad de celebrar audiencias por medios electrónicos, en el caso de la contratación directa. Sin embargo, esta posibilidad sólo se podría llevar a cabo si la infraestructura tecnológica de la entidad pudiese garantizar la inalterabilidad de la información, y ninguno de los interesados manifestare su imposibilidad de acceso por carencia de equipos tecnológicos. En estos casos las audiencias serían presenciales.

Como mecanismo de seguridad, se ordenó la utilización de un archivo electrónico para todos los documentos de esta clase que se produzcan durante la actividad contractual, el cual hará parte del expediente del proceso contractual.

Por último, en concordancia con el principio de equivalencia funcional consagrado en la Ley 527 de 1999 el artículo 25 del Decreto 2170 de 2002 dispuso que “... toda la información que dentro de los procesos de selección la ley requiera que conste por escrito, quedará satisfecha con un mensaje de datos, salvo aquellos casos en que por disposición legal deba efectuarse notificación personal o deba publicarse en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción o en el Diario Oficial o en la gaceta departamental o municipal que haga sus veces.” (Subraya fuera del texto original).

3.2. Sistema electrónico como limitación a la corrupción en contratación pública

El documento Conpes 3249 de 2003 expone los efectos nocivos de la corrupción, y propone una de las soluciones, que es precisamente el mismo objeto de esta investigación, así: “Por medio del presente documento se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES-, una propuesta para formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que, dentro del marco de los objetivos del Estado Comunitario, propenda por la eficiencia y la transparencia de la administración pública.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Departamento de Planeación Nacional. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3249 de 2003. Pág. 3.

En consecuencia, el mismo documento dice que *“se desarrollará el Sistema Integral de Contratación Electrónica –SICE¹⁴⁵-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra los sistemas de información actualmente existentes, facilitando información sobre la contratación pública y entregando a las entidades estatales herramientas para modernizar la gestión contractual a través de mecanismos electrónicos.”¹⁴⁶*

El documento Conpes 3249 de 2003 justifica la creación del nuevo Sistema Electrónico para la Contratación Pública, desde dos perspectivas. Los efectos de la corrupción en los costos sociales de la contratación pública, y la importación de estas relaciones entre Estado y particular en la economía en general.

Los sistemas electrónicos de publicidad y comunicación hacen más eficientes y ágiles los procesos. Lo mismo sucede con la actividad contractual del Estado, donde supuestas las posibilidades de acceso a la red, se garantiza la libre concurrencia de todos los interesados para participar, verificar los procesos y conocer todas las actuaciones que en él se surten.

Los sistemas electrónicos en materia de contratación pública, como el de la Contraloría, ya encontraban un avance bastante enfocado para proteger de prácticas corruptas el patrimonio público. Para explicar cómo se evita la corrupción en desarrollo del principio de transparencia con la utilización de medios electrónicos nos debemos remitir a lo dicho en este trabajo en los puntos 2. y 2.2.4. Allí se explican las causas y los efectos nocivos del fenómeno de la corrupción en la contratación pública. Dichos efectos deben ser combatidos desde los diferentes puntos que la causan.

Quedó explicado que la baja probabilidad de que el agente corrupto sea descubierto y sancionado rápida y eficientemente, es una de las causas de la practicas corruptas en la administración pública. En este sentido se propone un mayor seguimiento y vigilancia a la conducta de estos como un mecanismo para descubrir sobornos y conductas contrarias a la transparencia.

Entre las conductas contrarias a la transparencia, desde las diferentes aplicaciones que tiene en contratación pública, está la adquisición de bienes y la prestación de servicios

¹⁴⁵ Este sistema por su homonimia con las siglas utilizadas para distinguir el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal, dirigido por la Contraloría General de la República, que a su vez se identificaba con las siglas SICE, se denominó por el artículo 6 del Decreto 2178 de 2006 Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP.

¹⁴⁶ Departamento de Planeación Nacional. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3249 de 2003. Pág. 6.

innecesarios; el incremento en la celebración de contratos en los últimos meses del año, simplemente para no perder presupuestos; la selección del contratista equivocado; la adquisición de bienes y servicios a precios superiores a los de mercado, debido a la poca competencia generada por la falta de información de los procesos de selección; la renegociación en condiciones oscuras y privadas de contratos en ejecución; que se reciban obras y bienes en condiciones contrarias a las pactadas, y la no aplicación de sanciones en los términos que ordena la ley entre otras.

Además de la renovación moral de la conciencia de servidores públicos, el incremento de salarios, la intensificación de la eficacia en las sanciones penales y disciplinarias, la incautación y expropiación de bienes de los funcionarios obtenidos con ingresos que no puedan justificarse, entre otras, debe propenderse por la búsqueda de mecanismos que permitan un control fiscal, político y ciudadano de los procesos de la función pública contractual.

Los medios de publicidad de amplia difusión, aseguran la transparencia en la designación de contratistas, así como la seguridad de que las razones que motivan las decisiones de la administración están dirigidas a cumplir la ley y en búsqueda del interés general. *“El papel de la sociedad civil es también decisivo. En casi todos los países se han desarrollado mecanismos de participación mediante los cuales los ciudadanos a través de instituciones propias ejercen influencia en el proceso de toma de decisión sobre aspectos muy variados de las actividades públicas”*¹⁴⁷.

Colombia no podía ser la excepción. La publicidad de los procesos, su transparencia, la libre competencia, y la posibilidad de que sobre estos esté informado todo aquel que desee, permite al público y organismos de control conocer en qué se gastan los recursos, a quién y con qué criterios se adjudican los contratos, cuáles eran las condiciones de mercado que sustentaron una u otra elección, las adendas contractuales, las ejecuciones parciales, la imposición y condonación de sanciones; en fin, son mecanismos para una indudable garantía de que los fines del estado se van a cumplir. O por lo menos que si no se cumplen, el funcionario corrupto será fácil y abiertamente descubierto, señalado y en el mejor de los casos, sancionado y el patrimonio público reparado.

Según la Organización Transparencia por Colombia, a nivel internacional, *“Algunos de los beneficios que han motivado a los países a invertir en el uso de nuevas tecnologías*

¹⁴⁷ MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMÍREZ MORA, Juan Manuel. Op. Cit.

para mejorar sus sistemas de contratación están relacionadas con¹⁴⁸: Transparencia: permiten entregar en tiempo real a todos los actores involucrados en las contrataciones del Estado (sectores público, privado y ciudadanía), la información de las diferentes etapas de los procesos contractuales. Hacen públicas las oportunidades de negocio, y los valores pagados por las contrataciones. Esto aumenta la competencia y permiten mayor vigilancia y control a la gestión pública.”¹⁴⁹

Entre mayor difusión y acceso gocen estos medios de publicidad, consecuentemente serán más eficientes para el control popular que se hace de esta actividad. Por lo menos garantizarían amplia distribución de la información y facilidad para su acceso. Para que se denuncie y se sancione al funcionario corrupto, no obstante poder ser verificado, deberá contarse con los mecanismos de motivación que generen un buen uso de la información divulgada.

En este sentido, en la “Mesa de Trabajo para la Transparencia en la Contratación Pública: Retos hacia el Futuro”¹⁵⁰, que fue elaborada antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, se planteó como la presentación de la problemática, que muy a pesar de los avances obtenidos en materia de publicidad de los documentos contractuales, la contratación pública sigue siendo utilizada para fines distintos de los estatales¹⁵¹. “*De acuerdo con los principales estudios sobre la corrupción en la contratación estatal, a pesar de los avances obtenidos en temas como la publicidad de los documentos contractuales y el acceso a la información (en gran parte, gracias al*

¹⁴⁸ Memorias Encuentro Internacional: Adquisiciones del gobierno en medios electrónicos – Experiencias e impacto en el desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Febrero del 2002. http://www.intosai.org/level6/6_18VN_INT_seminar/suedafrika_s.pdf<http://www.centrodeconocimiento.com/conocimiento.htm> - <http://www.localnet.es/jornades/docs/ceap/pceel.pdf> - http://www.emarketservices.es/staticfiles/procurement_6531_.pdf

¹⁴⁹ Organización Transparencia por Colombia. Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública.

¹⁵⁰ Mesa de Trabajo. Transparencia en la Contratación Estatal. Retos Hacia el Futuro http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20%20Documento_mesa_de_trabajo_y_conclusiones%5B1%5D.pdf

¹⁵¹ Ley 80 de 1993, artículo 3: “*De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines*”.

*umento de usuarios de nuevas tecnologías), las compras estatales continúan siendo utilizadas para fines distintos a los establecidos por el artículo 3 de la ley 80 de 1993”.*¹⁵²

Las posibilidades de concurrencia y de control público y político de la actividad contractual en Colombia no son inexistentes. Siempre se ha promovido mecanismos de publicidad y la posibilidad de solicitar informes que permitan velar por el cumplimiento de los fines de la actividad contractual en concreto. Sin embargo, estos medios de publicidad de la información contemplados en los estatutos de contratación pública se tornaron ineficientes.

El uso del computador personal y la informática derogaron la aplicabilidad y utilidad práctica de medios de publicidad como el “bando”, o la publicación de avisos en los diarios de “amplia circulación”¹⁵³. El acceso a la información sobre la gestión de lo público y la actividad contractual puede garantizarse con el uso de las nuevas tecnologías. Cada vez son más quienes tienen acceso a medios de comunicación masivos como la informática y el Internet. En este sentido, en la “Mesa de Trabajo para la Transparencia en la Contratación Pública: Retos hacia el Futuro”¹⁵⁴ se preocupó por exponer como una de las tareas pendientes en para frenar la corrupción en materia de contratación estatal, el desarrollo de los medios electrónicos de publicidad en contratación pública.¹⁵⁵

¹⁵² Mesa de Trabajo. Transparencia en la Contratación Estatal. Retos Hacia el Futuro http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20%20Documento_mesa_de_trabajo_y_conclusiones%5B1%5D.pdf

¹⁵³ No obstante criticamos este medio de publicidad por obsoleto. Este se mantiene con plena vigencia y no se subrogó por los medios modernos de publicidad electrónica. La Ley 1150 de 2007 hace la salvedad, en cuanto a publicaciones electrónicas se trata, de dejar con plena vigencia el mandato de publicar dentro de los diez a veinte días anteriores a la apertura de la licitación o concurso, tres avisos en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad. En concordancia con el artículo 30 de la ley 80 de 1993 estos avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso. Dice la Ley 1150 sobre el particular “*Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993*”

¹⁵⁴ Mesa de Trabajo. Transparencia en la Contratación Estatal. Retos Hacia el Futuro http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20%20Documento_mesa_de_trabajo_y_conclusiones%5B1%5D.pdf

¹⁵⁵ En esta mesa de trabajo se planteó la posibilidad de generar accesos eficientes a la información, mediante los sitios web del Estado, donde se pueda acceder a los documentos contractuales que generen cada una de las entidades públicas, allí se dijo: “*...en los estudios se insiste en el uso de mecanismos basados en las nuevas tecnologías de la información, que permitan el seguimiento a la contratación, pues en muchos casos éste cesa al momento de la adjudicación. Ajustar el texto de la ley 80 de 1993 al uso de medios electrónicos permitiría agilizar los procedimientos actuales, generaría más transparencia y confianza en el proceso, y eventualmente permitiría reducir los costos de transacción.*”

Se debe resaltar en consecuencia, la labor que hasta el momento (mayo de 2007, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007) realizaba la Contraloría General de la República mediante el Sistema par la Vigilancia en Contratación Estatal, SICE, donde por medios electrónicos se pueden consultar los precios de bienes y servicios uniformes y la manera como se utiliza el presupuesto público en la actividad contractual.¹⁵⁶

La Mesa de Trabajo antes citada, instó, y sus llamados dieron resultado, por la integración de este sistema con el Portal Único de Contratación, y la utilización de estos sistemas por la totalidad de los proveedores. Se mostró también la preocupación, y quedó como una labor por desarrollar, la falta de compromiso de las entidades para presentar la información y las restricciones que se presentaban para el ciudadano común al pretender acceder a la herramienta.¹⁵⁷

La expectativa, entonces, quedó puesta sobre las novedades de la Ley 1150 de 2007.

3.3. La creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)

Con la creación de las páginas web de las entidades públicas se empezó el uso de medios electrónicos de publicidad e intercambio de mensajes de datos bajo la coordinación del gobierno. Pero, aún no existía un sistema integrador de mecanismos de vigilancia, control y publicidad, pues aparte de la utilización de las páginas web que administraba cada entidad, bajo el

¹⁵⁶ “La publicidad de los contratos como exigencia contractual tiene como finalidad realizar una *comunicación masiva que tiene por objeto informar, persuadir y conseguir un comportamiento determinado de las personas que reciben esta información* Vinyoles i Castells, M., *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Edit. Civitas, 1995, p. 93, citado por Expósito J.C. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 573. , principio que nuestra legislación sobre contratación estatal recoge en un conjunto de reglas que lo instrumentalizan, y que bien puede adicionar el legislador en ejercicio de su libertad de configuración en esta materia, al crear sistemas, catálogos y registros para hacerla más transparente y facilitar su vigilancia, como ocurrió en el presente caso, pues sin violar el principio de unidad de materia se armoniza todo el sistema.” Corte Constitucional Sentencia C-384 de 2003

¹⁵⁷ Los estudios citados por la mesa de trabajo son el CPAR 2005 donde se recomienda fortalecer el Portal Único de Contratación y Unificarlo con el SICE. A su vez se propuso recomendar los costos de acceso al mencionado Portal. Otro estudio consultado por la mesa de trabajo fue el Cuaderno de Transparencia No. 12 “Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública”, donde se realizó un estudio sobre el SICE y el Portal Único de Contratación.

control de la Contraloría General de la República funcionaba el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, donde se podía hacer la verificación en línea de los precios y condiciones del mercado, consultando el Registró Único de Precios de Referencia.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social propuso que el sistema integrador debía *“ser un instrumento de gestión de la contratación que permita la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para ello dispondrá de herramientas para: facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como ofrecer al ciudadano la capacidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos.”*¹⁵⁸

Las características que debía revestir este sistema, según las recomendaciones del documento Conpes eran las siguientes: (i) la integración de las entidades, particulares interesados y ciudadanos en general permitiéndoles el libre acceso al sistema, interactuar en él, y realizar la veeduría sobre los proceso contractuales; (ii) la utilización de Internet como medio de comunicación masivo; (iii) la existencia de información de tipo histórica y referente a procesos contractuales en curso, y; (iv) la utilización de los medios y portales de Internet ya existentes y que funcionan bajo la dirección de cada entidad, que permitan maximizar la utilidad de los recursos ya existentes.

Era necesario que el sistema avanzara en dos etapas. La primera, abarcaría la publicidad de todos los elementos de la actividad contractual que no tienen impedimento legal para surtirse por vía electrónica. Otros en cambio, necesitan de un desarrollo legal que permita su completa participación en el Sistema. En ese sentido se diseñó *“...una fase inicial que congrega aquellas actividades que se pueden adelantar inmediatamente, toda vez que no existen obstáculos o trabas de orden legal. Una segunda fase contemplará aquellos procesos y desarrollos que requieren, de reformas legales, entre las que se encuentran las relacionadas con la expedición de actos administrativos electrónicos y la aplicación obligatoria de procedimientos tradicionalmente acostumbrados dentro del trámite contractual que no tienen fórmulas concretas que permita su realización a través de medios electrónicos”*¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Departamento de Planeación Nacional. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3249 de 2003. Pág. 18.

¹⁵⁹ Ibid. Pág. 23.

En una primera etapa se propuso que hicieran parte del Sistema actuaciones como la publicación de Plan Anual de Contrataciones Públicas, la publicación de los proyectos de pliegos, la publicación de convocatorias, la recepción de ofertas y propuestas, la publicación de resultados, el acceso en línea a documentos de procesos de selección, y la utilización de herramientas para la administración integral de contratos en línea.

Como parte de las modificaciones legislativas que se consideraron pertinentes, el documento sugirió una adaptación de la definición del acto administrativo, para permitir su expedición y publicación por medios electrónicos.

La segunda etapa, en la que se empezaron a ver cambios legislativos, estuvo encabezada por la Ley 1150 de 2007, con la cual se desarrolla el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, creado por el Decreto 2178 de 2006. Hoy la expedición de actos administrativos vía electrónica está permitida por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

Vale la pena resaltar que a diferencia de lo que muchos creen la creación del SECOP no correspondió a la Ley 1150 de 2007, sino al Decreto 2178 de 2006. Pues se adelantó en su expedición el Decreto, mientras que en el Congreso de la República a su vez se discutía su creación, que terminó siendo un desarrollo del sistema ya creado.

El texto inicial del proyecto de ley 020 de 2005, que se convirtió en Ley 1150 de 2007, sometido a la discusión del Senado de la República, según consta la gaceta del congreso GAC.458/05, decía: *“El sistema tiene como objetivo uniformar la información sobre contratación pública, para lo cual administrará la información oficial de la contratación que desarrollen las entidades y servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades públicas, los organismos de control, los contratistas, proveedores y la ciudadanía en general.”*

En palabras de la H. Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, *“la finalidad principal de la Ley 1150/07 es la estipulación de instituciones y procedimientos que aseguren la eficiencia y la transparencia en la contratación administrativa. En armonía con este propósito, el artículo 3º ejusdem, prevé la posibilidad que los actos administrativos, los documentos, contratos y demás actos derivados de la actividad precontractual y contractual puedan ejecutarse a través de medios electrónicos. Para cumplir esta finalidad, el legislador prevé la creación del Sistema Electrónico de Contratación Pública- Secop, cuyo desarrollo se adscribe en cabeza del Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros*

previstos en la misma norma, los cuales versan sobre (i) la aptitud del Secop para realizar procesos de contratación pública, tanto licitatorios como de selección abreviada; (ii) la unificación en el Secop para la publicación de reportes de las entidades y la consulta de los mismos por los ciudadanos; (iii) la obligación que la información oficial sobre el gasto público fruto de la contratación administrativa sea publicada en el Secop; y (iv) la integración al Secop de otros sistemas de información relacionados con la contratación estatal, entre ellos el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, al igual que la articulación con el Sistema de Información para la Vigilancia del Control Estatal- SICE, administrado por la Contraloría General de la República.”

Volviendo a la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP¹⁶⁰, que como se dijo correspondió al Decreto 2178 de 2006, con este se creó “*un instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control a través de la articulación de los servicios electrónicos ofrecidos por el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) y los sistemas de información relacionados con la contratación pública que se encuentren a cargo del Gobierno Nacional... El SECOP tiene como objetivo dar uniformidad a la información sobre la contratación pública.”¹⁶¹*

El SECOP articularía como sistema integrador del Sistema de Información para la Vigilancia Estatal, SICE, y los sistemas de información en asuntos de contratación pública que operan a cargo del Gobierno Nacional (Portal Único de Contratación a cargo del Ministerio de Comunicaciones).

Este objetivo de integración y unificación estaría a cargo de un comité integrador. El Decreto 2178 de 2006 le dio el nombre de Comité Directivo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, integrado por el Contralor General de la República y el Ministro de Comunicaciones. Funcionaría como una instancia de coordinación entre el Gobierno Nacional y la

¹⁶⁰ Al SECOP, en un principio se le llamó Sistema Integral de Contratación Electrónica, SICE, en el Decreto 3620 de 2004, que sin crear el sistema, hizo referencia a este cuando creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública.¹⁶⁰ Dada esta referencia, por su homonimia con las siglas utilizadas para distinguir el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal, dirigido por la Contraloría General de la República, que a su vez se identificaba con las siglas SICE, se denominó al nuevo sistema, en el artículo 6 del Decreto 2178 de 2006¹⁶⁰ y ratificado cuando se ordenó su desarrollo en la Ley 1150 de 2007, Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP.

¹⁶¹ Decreto 2178 de 2006. Art. 1.

Contraloría General de la República, pues esta no podría perder su independencia del gobierno en la vigilancia de asuntos contractuales. El Comité directivo del SECOP integraría el Sistema de información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, y los sistemas de información relacionados con la contratación pública a cargo del Gobierno Nacional.

El SECOP, mediante su Comité directivo, articularía los siguientes elementos: (i) el SICE; (ii) el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el correspondiente Registro Único de Precios de Referencia también del SICE, y; (iii) el acceso e ingreso de información y generación de reportes a los particulares, contratistas y entidades públicas.

3.4. El Portal Único de Contratación

El Portal Único de Contratación entró en funcionamiento desde marzo de 2003 creado como una iniciativa de la Vicepresidencia de la República sin ningún soporte reglamentario.¹⁶²

Su implementación empezó estando a cargo del Programa Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones y su objeto fue promover la transparencia, eficiencia y promoción del desarrollo. Su objetivo también fue integrar toda la información relativa a los procesos contractuales de las entidades públicas, facilitando el acceso a ésta de los proponentes y a la ciudadanía en general.

El Portal Único Se convertiría más adelante en la puerta única de acceso al Sistema Electrónico de Contratación Estatal, SECOP.

Ya tenemos entonces un sólo portal de publicaciones en materia contractual, y un sólo sistema, SECOP.

¹⁶² Al respecto, según la Organización Transparencia por Colombia que *“De los 17 portales visitados, trece adaptaron y reformaron su normatividad frente al tema de la contratación para adaptarse a las TIC. Los otros no lo han hecho o lo están discutiendo y trabajando de manera paralela con el diseño, desarrollo e implementación de sus portales. En este contexto, el Portal Único de Contratación de Colombia es el único sistema de la región que nace y entra a operar sin ningún soporte legal que establezca su creación e implementación.”* Transparencia por Colombia. Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública.

Luego de la unificación de los medios de acceso para las entidades de control por el SECOP, con el Decreto 2434 de 2006, la obligatoriedad de las publicaciones en las páginas web de las correspondientes entidades estatales quedó subrogada por un medio de mayor difusión. Este era el caso del Portal Único de Contratación, que articularía a entidades, particulares contratistas y a la comunidad en general que tuvieran interés en hacerle seguimiento a los procesos de la actividad contractual. Es decir, los mecanismos de publicidad y control cada vez estaban más articulados, unificados y centralizados en un solo sistema.

Con la expedición del Decreto 2434 de 2006, el catálogo de obligaciones frente a la utilización del SECOP, se hace más estricto. En él, a través del Portal Único de Contratación se deberá hacer la publicidad de las siguientes actuaciones: los proyectos de pliegos de condiciones; las observaciones y sugerencias a estos; el acto que dispone la apertura al proceso de selección; los pliegos de condiciones; el acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones; las adendas a los pliegos de condiciones; el acta de la audiencia pública para la realización de la conformación dinámica de la oferta; el informe de evaluación de las ofertas; el acto de adjudicación, y el acta de la audiencia pública de adjudicación si esta última se hubiere celebrado¹⁶³; el acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección; el contrato, la información relativa a entrega de informes y productos de los contratos; el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral, y; los contratos celebrados como consecuencia de la declaratoria de urgencia manifiesta, así como el acto administrativo que la declara.

Con ánimo de integrar los mecanismos de publicidad, Decreto 2434 de 2006 ordenó desmontar la información mencionada, de las páginas web de las entidades. En caso de mantener dicha información las entidades tendrán la obligación de garantizar que la misma será igual en su contenido a la que sea publicada en el Portal Único de Contratación.

Frente al mecanismo supletivo de publicidad, esta vez no iba a ser simplemente un reemplazo conformista de la publicación electrónica. Por mandato del Decreto 2434 de 2006, en los casos de deficiencias tecnológicas por parte de las entidades contratantes, estas estaban en la obligación de reportar la situación al Ministerio de Comunicaciones. Con éste, y de manera conjunta, fijarían la estrategia para superar las falencias tecnológicas.

¹⁶³ Recordemos que sólo es obligatoria la celebración de esta audiencia después de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

El aporte principal del Decreto 2434 de 2006, fue integrar la información relativa a los procesos contractuales a un sólo portal, y prácticamente eliminar los medios supletivos de publicidad, ordenando por su parte, la fijación de estrategias para superar las falencias tecnológicas que pudiesen tener las entidades.

Este Decreto también trajo plazos perentorios para la utilización del Portal Único de Contratación.¹⁶⁴

Para hacer visible al público los procesos de contratación, la mesa de trabajo antes citada, resalta las labores del Decreto y a su vez concluye que *“es de gran importancia reducir los riesgos de corrupción en la contratación pública... Se reconoce el efecto positivo de normas como el Decreto 2170 de 2002, y es de esperarse que la plena aplicación del Decreto 2434 de 2006 y la adopción de los instrumentos que promueve la Comisión Intersectorial de Contratación contribuyan a mejorar la gestión contractual sin hacer, no obstante, visible la totalidad de la contratación estatal.”*

Con la ley 1150 de 2007 se reafirmaron las funciones del Portal Único para la Contratación Pública.¹⁶⁵ Este se unificó, mediante el SECOP, con el sistema para la vigilancia, SICE, y con el catálogo unificado de bienes y servicios que maneja la contraloría, entre otros.¹⁶⁶

La primera mención que se hace del SECOP¹⁶⁷, en la Ley 1150 de 2007, fue en el artículo tercero, que armónicamente hace parte del Título primero de la Ley denominado con voz propia: *“Título I: De La Eficiencia y De La Transparencia”*.

¹⁶⁴ La obligación de publicar deberá ser cumplida de conformidad con el siguiente cronograma: Entidades del nivel territorial distrital municipal categorías 4, 5 y 6, siete meses desde la entrada en vigencia del decreto (18 de julio de 2006); entidades del nivel territorial distrital municipal categorías 1, 2 y 3, seis meses; entidades del nivel territorial departamental descentralizado, cinco meses; entidades del nivel territorial departamental centralizado y del Distrito Capital, tres meses; entidades de nivel territorial descentralizado, dos meses, y; entidades de nivel nacional centralizado, un mes.

¹⁶⁵ Debe quedar claro, y así lo quiso el legislador, que la creación del SECOP no implicara la creación de una nueva entidad pública. Así lo dijo la ley en su artículo tercero: *“En ningún caso la administración del SECOP supondrá la creación de una nueva entidad.”*

¹⁶⁶ Lo que no quiere decir que sea el único mecanismo de la Ley 1150 de 2007 que busque la transparencia y la eficiencia en los procesos contractuales de la administración pública. Con este mismo objetivo, se implementó el sistema de la selección objetiva, se eliminó la posibilidad de eludir el estatuto de contratación pública mediante cooperativas públicas, se evitó la proliferación de publicaciones en páginas web de entidades con acceso desconocido

¹⁶⁷ En la Gaceta del Congreso No. 090 de 2006, consta como la mención del artículo 3º fue objeto de una proposición modificatoria, presentada por el Senador Germán Vargas Lleras por solicitud de la Contraloría

3.5. Las funciones del SECOP para la contratación estatal

Las funciones del SECOP están sustentadas en un desarrollo del principio de transparencia en la función contractual, y encaminadas a buscar procesos públicos que permitan el control de la actividad de los funcionarios. Entre estas se pueden resaltar las siguientes:

Articula el Portal Único de Contratación y el Sistema Para la Vigilancia de la Contratación Estatal. Dado que el primero está a cargo del Gobierno Nacional, Ministerio de Comunicaciones, y el segundo a cargo de la Contraloría General de la República, dicha articulación corresponde al Comité Directivo del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), integrado por el Contralor General de la República y el Ministro de Comunicaciones. En este sentido, sirve de instrumento de apoyo a la gestión contractual de las entidades estatales, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control.

De conformidad con la Ley 1150 de 2007 el SECOP se articulará con el SICE e integra el Registro Único Empresarial y el Diario Único de Contratación Estatal. A su vez podrá integrarse con los sistemas de información particulares creados por las entidades públicas.

Es importante recordar que según lo dispuso el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, por más que se haya pretendido la articulación de los sistemas del Gobierno y la Contraloría en uno sólo, este último no ha de perder su independencia.¹⁶⁸

General de la República. Por esta solicitud, se cambió la denominación del sistema a efectos de evitar confusiones con el SICE, creado por la Ley 558 de 2000, y adicionalmente, se mantiene la autonomía del SICE para su manejo por parte de la Contraloría. El nombre final fue Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP. Como se vio en el mismo sentido el Decreto 2178 de 2006, hizo lo propio.

¹⁶⁸ En este *sentido* se pronunció la propia Contraloría General de la República, en la Circular No. 0001 de 2008: el “*SECOP se articulará con el SICE sin que éste pierda su autonomía, pues no puede perderse de vista que el SICE fue creado por la Ley 598 de 2000 y reglamentado por el Gobierno Nacional a través del Decreto 3512 de 2003, normas que gozan de plena vigencia; significa lo anterior, que el SICE, como Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, se mantiene vigente y como tal los organismos de control fiscal continúan ejerciendo su actividad fiscalizadora a la contratación pública a través del mismo. En consecuencia, y sin perjuicio de las obligaciones de publicidad de los procesos contractuales en el “SECOP” que serán establecidos en el Reglamento respectivo, las entidades estatales deberán continuar registrando la información contractual de conformidad con lo establecido en la Ley 598 de 2000 y los artículos 13 y 14 del Decreto 3512 de 2003, hasta tanto el Gobierno Nacional disponga las funcionalidades*

Las funciones del SICE¹⁶⁹, como sistema vinculado a la entidad auditora por excelencia en los temas que implican recursos públicos, están dirigidas a realizar la función fiscal de la actividad contractual del estado. Este sistema integra los datos más relevantes del proceso de contratación, permite su vigilancia, regulación y publicidad. Uno de sus elementos representativos es el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el correspondiente registro de los precios de referencia (Registro Único de Precios de Referencia, RUPR). En este los representantes legales de las entidades públicas, antes de la adjudicación, deberán verificar los precios indicativos del mercado de los bienes y servicios codificados en este¹⁷⁰. Con esta verificación se pretenden evitar los sobrecostos en la contratación. Esta obligación se aplica para los procesos contractuales cuya cuantía sea superior a 50 SMMLV.¹⁷¹

El Registro Único Empresarial, RUE, es administrado por confecámaras a través de las 57 cámaras de comercio del país y bajo la vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio. A través del RUE, desde cualquier cámara de comercio se obtienen en línea certificados de registro mercantil y de registro de proponentes¹⁷². A su vez se renuevan y cancelan matrículas y se realiza el registro de actos y documentos que requieran esta formalidad. El llamado de la Ley

tecnológicas para establecer los patrones a que haya lugar y se encargue de su difusión a través de canales electrónicos, en particular los procedimientos de transferencia de información del SECOP al SICE, en virtud de la articulación a que se refiere el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007...” Contraloría General de la República. Circular 0001 de 2008.

¹⁶⁹ De conformidad con el artículo 2 del Decreto 3512 de 2003, “*el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, es una herramienta de información, ordenación y control que incorpora las cifras relevantes del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real, con los precios de referencia incorporados en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de acuerdo con los parámetros de codificación del Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos públicos.*”

¹⁷⁰ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 3512 de 2003, allí se clasifican los “*bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, que adquieren usualmente las entidades de la administración pública y los particulares o entidades que manejan recursos públicos, en tipos, clases, subclases, grupos e ítems.*”

¹⁷¹ El literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003 que consagra que estarán exentos de las regulaciones del SICE los procesos contractuales cuya cuantía sea inferior a 50 SMMLV se encuentra actualmente suspendida provisionalmente debido a que el Consejo de Estado en auto del 2 de febrero de 2005, número interno 28615, con consejero ponente Alier Hernández, admitió la demanda de acción de nulidad simple presentada por Raúl Augusto Rodríguez Escamilla alegando que el Presidente ejerció una facultad que no detentaba, la cual a su vez atenta contra el principio de transparencia. “*Y en fin. si se tiene en cuenta que la Ley 598 de 2000 buscó crear un mecanismo más para dar transparencia o lo contratación estatal la excepción contenida en el literal acusado pierde más fundamento por cuanto en la práctica equivale a legitimar la 'contratación a dedo' en los negocios de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales.*”

¹⁷² En el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresaria se puede verificar la capacidad técnica, financiera, y organizacional de los candidatos, las sanciones y multas que se les han impuesto entre otra información para verificar quienes son los proponentes.

1150 de 2007, es a que este sistema se integre al SECOP, y funcione bajo el Portal Único de Contratación.

“... Registro único empresarial... RUE... se trata de un proyecto que, establecido por el legislador, desarrollado por las cámaras con el liderazgo de Confecámaras y bajo la tutela de la Superintendencia de Industria y Comercio, está llamado a convertirse en una herramienta de trascendental importancia para la competitividad del país... su finalidad, ante todo, es facilitar la actividad empresarial y contribuir con la transparencia, la eliminación de trámites y la sentida necesidad de información que tiene el país, frente a la globalización y la necesaria conquista de mercados internacionales para nuestros productos y servicios.”¹⁷³

Diario Único de Contratación Estatal fue creado por la Ley 190 de 1995 como un apéndice del Diario Oficial. En este se contiene la información sobre los contratos estatales celebrados por entidades del orden nacional. Esta información incluye el nombre de los contratantes, el objeto del contrato y su el valor, o los valores unitarios si hubiesen. A su vez, en este se publica el plazo y los plazos adicionales del contrato; sus modificaciones.¹⁷⁴ Este Diario, a su vez está llamado a ser integrado al SECOP.

Hoy, frente a la publicidad de los procedimientos contractuales, en el SECOP, y más específicamente en el Portal Único de Contratación¹⁷⁵, que es la puerta única de acceso al sistema, deberá publicarse los siguientes actos de conformidad con el artículo 8 del Decreto 2474 de

¹⁷³ http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/2005/Desarrollo_registro_empresarial.pdf

¹⁷⁴ Decreto 1477 de 1995, por el cual se reglamentó la Ley 190 de 1995, en materia de publicaciones en el Diario Único Oficial, en el Artículo 6, dispuso que “*de conformidad con el artículo 61 de la Ley 190 de 1995, las entidades públicas de todos los órdenes deben remitir dentro de los diez primeros días de cada mes a la Imprenta Nacional de Colombia, una relación de los contratos celebrados en el mes inmediatamente anterior, que superen el 50%, de su menor cuantía.*”

¹⁷⁵ La publicación de la información en el Portal Único de Contratación debe cumplir con los siguientes criterios básicos según la Resolución 2507 de 2006 del Ministerio de Comunicaciones: (i) La información debe estar disponible en línea: La información se debe reportar vía Web, a través de los formularios del sitio www.contratos.gov.co; (ii) Las entidades públicas son las responsables de la veracidad, calidad y oportunidad de la información reportada. Los procesos que no se encuentren actualizados o en los que se detecten errores, no podrán ser consultados por el público, lo que impide cumplir con el mandato de publicidad; (iii) el Portal Único de Contratación tiene incorporados formularios y consultas predefinidos con información básica de los procedimientos de selección; (iv) para asegurar la calidad y coherencia de la información, el Portal realizará una serie de validaciones durante el proceso de cargue de información. Si la información reportada no cumple con los parámetros mínimos definidos, el proceso no podrá ser cargado o modificado.

2008¹⁷⁶: (i) el aviso de la convocatoria pública, incluido el de convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés cuando se trate de la aplicación de los procedimientos de precalificación para el concurso de méritos; (ii) el proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar físico o electrónico en que se podrán consultar los estudios y documentos previos; (iii) las observaciones y sugerencias al proyecto a que se refiere el numeral anterior, y el documento que contenga las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas; (iv) la lista corta o la lista multiusos del concurso de méritos; (v) el acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección, para el cual no será necesaria ninguna otra publicación; (vi) la invitación a ofertar que se formule a los integrantes de la lista corta o multiusos del concurso de méritos; (vii) el pliego de condiciones definitivo y la constancia de envío de información a la Cámara de Comercio para la licitación pública; (viii) el acta de la audiencia de aclaración de los pliegos de condiciones y en general las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas; (ix) el acta de la audiencia de revisión de la asignación de riesgos previsible; (x) el acto administrativo de suspensión del proceso; (xi) el acto de revocatoria del acto administrativo de apertura; (xii) las adendas a los pliegos de condiciones; (xiii) el informe de evaluación del proceso de licitación o concurso, así como el de evaluación del concurso de méritos; (xiv) el informe de verificación de los requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa en la selección abreviada de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; y la que corresponde en la conformación dinámica de la oferta; (xv) el acto administrativo de adjudicación del contrato, en los casos de licitación pública, también el acta de la audiencia pública de adjudicación; (xvi) el acto de declaratoria de desierto de los procesos de selección; (xvii) el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones

¹⁷⁶ Artículo 8 Decreto 2474 de 2008. Parágrafo 5°. “No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de enajenación de bienes del Estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6° del presente artículo, y de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos. Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio de que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual.”

ejecutoriadas que se profieran en el curso de la ejecución contractual o con posterioridad a esta, y; (xviii) el acta de liquidación de mutuo acuerdo, o el acto administrativo de liquidación unilateral.¹⁷⁷

Por último se debe mencionar que al sistema se accede mediante la página web, del Portal Único: www.contratos.gov.co.

3.6. Las novedades del Decreto 2474 de 2008

El Decreto 2474 es el más reciente desarrollo reglamentario de la Ley 1150 de 2007. Como ya se vio, esta ley trajo la primera consagración legal del Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP. Al ordenarse un mayor desarrollo del SECOP en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, surgió la necesidad de un reglamento que fijara las directrices para aplicar sus mandatos. A su vez, este sería utilizado en armonía con los nuevos mecanismos para la selección de contratistas, y para algunas aplicaciones electrónicas de los mismos procesos.

El nuevo decreto reglamentario introdujo la posibilidad de implantar sanciones por el no acatamiento de los mandatos de publicidad contenidos en el y propuso que se establecieran estrategias a cargo del Ministerio de Comunicaciones para poner al día a aquellas entidades con deficiencia en su plataforma tecnológica.

A continuación se enunciará y dará la explicación necesaria de los principales cambios y novedades que trajo el Decreto 2474 de 2008 al SECOP.

En primera medida, el Decreto aumentó la lista de actos y documentos sujetos a publicaciones en el Portal Único de Contratación del SECOP. Esta lista fue enunciada en el capítulo

¹⁷⁷ Dice el artículo 8 del Decreto 2474 de 2008 “*En caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el Secop en el día en que deba realizarse la publicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 4° del presente decreto, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de estos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.*”

anterior y su aplicación incide en las diferentes etapas de los procesos de selección de contratistas en sus diferentes modalidades.

Una aplicación interesante por novedosa del SECOP tiene lugar en el asunto de la modalidad de selección de subasta inversa. No es objeto de este trabajo, pero sí se puede decir que ésta, por expresa permisión de este Decreto podrá tener lugar por medios electrónicos.¹⁷⁸ El uso de este mecanismo, vía electrónica, se hace obligatorio cuando se trata de la adquisición de bienes o servicios de característica técnicas uniformes o de utilización común, salvo cuando se haya certificado que no cuenta con la suficiente plataforma tecnológica, asunto este que verificará el Ministerio de Comunicaciones.

La plataforma tecnológica que se deberá utilizar en estos casos de subasta electrónica es la que proporcione el SECOP. También es posible que se contrate la realización de esta con terceros caso en el cual se deberán generar reportes en los formatos tecnológicos del SECOP y publicar en este los resultados y actos que se realicen durante el proceso.

Sobre los procesos de contratación de menor cuantía, su reglamentación es innovadora en el Decreto 2474 de 2008. En este proceso de selección, en armonía con los demás, la publicación de las evaluaciones a las ofertas, y la adjudicación de manera motivada se realizará en el SECOP. Allí mismo se deberá dejar constancia del sorteo para la consolidación de oferentes, la cual es particular de los proceso de esta cuantía, y se realiza cuando hayan manifestado interés en participar más de 10 oferentes.¹⁷⁹ Si la entidad no cuenta con la conectividad para realizar la publicación, deberá dar a conocer el acta a todas las personas que participaron en el proceso.

En el caso de los concursos de méritos, inexistentes en el antiguo régimen contractual, y hasta ahora reglamentado¹⁸⁰, las listas multiusos y su convocatoria deberán publicarse en el SECOP. Estas listas son las que resultan de la precalificación que haga una entidad de los

¹⁷⁸ Artículo 23 Decreto 2474 de 2008.

¹⁷⁹ Decreto 2474 de 2008, artículo 44: “*Procedimiento de menor cuantía. El procedimiento para la contratación de menor cuantía será el siguiente: 4. En caso que el número de posibles oferentes sea superior a diez (10), la entidad podrá dar paso al sorteo de consolidación de oferentes para escoger entre ellos un número no inferior a este que podrá presentar oferta en el proceso de selección. Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos. En caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día de la realización del sorteo.*”

¹⁸⁰ No se puede olvidar que existió un frustrado intento por regular la material mediante el Decreto 066 de 2008, el cual quedó derogado en su totalidad por el Decreto 2474 de 2008.

interesados en participar en varios concursos de méritos determinados. La vigencia de estas listas no puede exceder de 6 meses y contendrán máximo 25 candidatos.¹⁸¹

Todas estas disposiciones no serían efectivas de no existir claridad sobre la oportunidad en que deben hacerse las publicaciones y si no existiesen consecuencias jurídicas por el incumplimiento de la obligación de publicidad en cabeza de la entidad, razón por la cual el Decreto 2474 introduce los términos¹⁸² dentro de los cuales las entidades deben cumplir a cabalidad con la publicidad de los documentos señalados en el artículo 8 del Decreto 2474, así como las sanciones disciplinarias aplicables cuando no se cumpla con la actualización semestral del reporte que debe ser enviado al Ministerio de Comunicaciones.¹⁸³

En este decreto encontramos que cada entidad deberá publicar en el SECOP los documentos enunciados en el artículo 8 según cada modalidad de contratación¹⁸⁴, algunos de los que ya estaban mencionados por el Decreto 2434 de 2006.¹⁸⁵ Por lo tanto encontramos que dando

¹⁸¹ Véase el artículo 54 y subsiguientes del Decreto 2474 de 2008.

¹⁸² “Parágrafo 3. La publicación electrónica de los actos y documentos a que se refiere el presente artículo deberá hacerse en la fecha de su expedición, o, a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. El plazo general de su permanencia se extenderá hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.” Artículo 8 Decreto 2474 de 2008

¹⁸³ “Parágrafo 1. La no presentación del reporte o del plan de acción señalado en el presente artículo acarreará la violación de la presente norma, y por ende la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario Único.” Artículo 8 Decreto 2474 de 2008

¹⁸⁴ No será necesaria la publicación de actos a través del SECOP, como es el caso de los procesos de selección de mínima cuantía, enajenación de bienes del estado o productos de destinación agropecuaria que se transen en bolsas agropecuarias entre otros. “Parágrafo 5. No se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, en los procesos de selección de enajenación de bienes del estado a que se refiere el literal e) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, salvo lo señalado en el parágrafo 6 del presente artículo, y de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos a que se refiere el literal f) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ni la operación que se realice a través de las bolsas de productos a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se publicarán los contratos que se celebren con los comisionistas para la actuación en la respectiva bolsa de productos en ambos casos. Tampoco se harán las publicaciones a las que se refiere el presente artículo, respecto de los procesos de selección cuando su valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, sin perjuicio que la entidad, en el manual de contratación, establezca mecanismos de publicidad de la actividad contractual.” Parágrafo 5, Artículo 8 Decreto 2474 de 2008

¹⁸⁵ Como ya se había establecido con anterioridad, si una entidad no cuenta con la infraestructura tecnológica el día en que deba realizarse la publicación el artículo mencionado establece un mecanismo supletorio para llevar a cabo la publicación mediante un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal según el proceso que se pretenda adelantar u otro medio de comunicación de amplia difusión. “En

cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales este nuevo decreto reglamenta detalladamente los mecanismos que deberán utilizar las entidades públicas contratantes para dar publicidad a actos y documentos que garanticen y le permitan a los oferentes y demás ciudadanos verificar el cumplimiento de los fines estatales. El SECOP es ciertamente un mecanismo público de control.

3.7. Entidades con poco desarrollo tecnológico: estrategias a cargo del Ministerio de Comunicaciones

El Decreto 2474 de 2008 al reglamentar la aplicación de la Ley 1150 hace un desarrollo de vital importancia al establecer que para garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos en los procesos de selección de contratistas las entidades deberán publicar una serie de documentos en el SECOP. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación el Decreto 2474 de 2008 prevé que *“Las entidades públicas que no cuenten con los recursos tecnológicos que provean una adecuada conectividad para el uso del SECOP, deberán reportar esta situación al Ministerio de Comunicaciones. El reporte señalará, además de la dificultad o imposibilidad de acceder al sistema, la estrategia y el plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con la obligación del uso del sistema electrónico. Semestralmente la entidad actualizará este reporte”*¹⁸⁶

Se crearán entonces estrategias para las entidades que no cuentan con infraestructura tecnológica o con los recursos para cumplir los requisitos de publicidad en el SECOP, que serán trabajadas de la mano con el Ministerio de Comunicaciones, previa noticia a este

caso de no contarse con los medios tecnológicos adecuados o de no encontrarse disponible el SECOP en el día en que deba realizarse la publicación a que se refiere el inciso segundo del artículo 4 del presente decreto, la entidad publicará para cada proceso de licitación, selección abreviada y de concurso de méritos, un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o a falta de éstos en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión, informando el lugar en donde puedan ser consultados en forma gratuita tanto el proyecto de pliego de condiciones como la versión definitiva del mismo y señalando la forma en que se dará publicidad a los demás actos del proceso.” Artículo 8 Decreto 2474 de 2008

¹⁸⁶ Artículo 8 Decreto 2474 de 2008.

Ministerio, y la propuesta de un plan por parte de entidad encaminado a superar las dificultades. Por lo pronto deberá indicar el lugar donde se pueda consultar la información de manera gratuita.

Las mismas entidades están obligadas a reportar esta circunstancia al Ministerio de Comunicaciones, mediante comunicación dirigida al Portal de Contratación, Agenda de Conectividad, Ministerio de Comunicaciones ó mediante correo electrónico a: permisos@contratos.gov.co. En la comunicación deberán informar esta situación e incluir la estrategia y plan de acción que desarrollarán a efecto de cumplir con los requisitos de publicar los actos en el portal.

La información enviada por las entidades que invocan esta situación, a su vez se publicará en el Portal Único de Contratación para efectos de control social.

Conclusiones

Los principios rectores de la función pública en Colombia están dirigidos a garantizar la publicidad y la transparencia en todas las actuaciones del Estado. La contratación estatal reviste una de las actividades de mayor importancia tanto por el impacto que tiene en el presupuesto, como por los fines que persigue: los mismos fines del estado puesto en manos de particulares. La transparencia en las actuaciones del estado implica que se permita al público conocerlas y controvertirlas. Así mismo implica una selección objetiva de los contratistas y libre de directrices subjetivas.

Los altos índices de corrupción generaron la alerta. Diferentes documentos de gobierno y estudios académicos propusieron mecanismos para superarla. El gran paso fue la creación de sistemas electrónicos de publicidad en la actividad contractual. Estos, aprovechando las virtudes de la tecnología en telecomunicaciones y el Internet, permiten mayor eficacia en la búsqueda de procesos más transparentes.

El Sistema Electrónico Para la Contratación Pública, SECOP, es la respuesta a estas preocupaciones. En este se integran las herramientas de fiscalización de la Contraloría de la República, y las publicaciones del Portal Único de Contratación, el cual garantiza el control y la veeduría ciudadana. Su desarrollo es muestra de la preocupación del gobierno, sectores académicos, organizaciones no gubernamentales y entidades de carácter internacional.

El desarrollo de estos sistemas es novedoso. Sus efectos contra la corrupción y en pro del principio de la transparencia y publicidad, están próximos a conocerse.

Bibliografía

- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento 3249 de 2003.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993.” Legis. 2003
- Departamento Nacional de Planeación. “La Misión de Contratación: Hacia un política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.” Tomo II.
- Departamento de Planeación Nacional. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3249 de 2003.
- Departamento de Planeación Nacional. Agenda de Conectividad. Ministerio de Comunicaciones. Documento Conpes 3072 de 2000
- IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo.” Legis. 2007
- LAGUADO GIRALDO, Roberto. Public Policy and the New Regulatory Framework on Electronic Government Procurement in Colombia. Universitas Bogotá, No. 110; 147-190. Julio-diciembre de 2005.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar Enrique; RAMIREZ MORA, Juan Manuel: “La Corrupción en la Contratación Estatal Colombiana una Aproximación desde el Neoinstitucionalismo”. 2006.
- MATA LLANA, Ernesto. “Manual de Contratación de la Administración Pública.” Universidad Externado de Colombia. 2005.
- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. “Transformación de la Función Administrativa.” Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas 2005.
- RICO PUERTA, Luis Alonso. “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal.” Leyer Editorial. 2008.
- RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Contratación Electrónica. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006.
- Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993.” SENA. 1994.

- TAFUR GALVIS. Alvaro. “La Constitución de 1991 y la Modernización del Estado colombiano. La participación. La colaboración convencional. Las empresas públicas. La privatización.” Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.
- Transparencia por Colombia. Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2006. Consejero Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 15 de julio de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia AP – 518 de 2000.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Quinta. Sentencia AP – 124 de 2000
- Consejo de Estado, Expediente No. 76001-23-31-000-1996-02716-01, 8 de Junio de 2006
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 2 de febrero de 2005. Consejero ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Rad. No. 10010326000200400044 00
- Corte Constitucional Sentencia C-449 de 1992
- Corte Constitucional Sentencia C-932 de 2007.
- Corte Constitucional Sentencia C-866 de 1999
- Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 2002.
- Corte Constitucional Sentencia C-662 de 2000.
- Corte Constitucional Sentencia C-259 de 2008.
- Corte Constitucional Sentencia C-384 de 2003.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección “A”. Magistrado Ponente Juan Carlos Garzón Martínez. Sentencia de 1 de diciembre 2005.
- Constitución Política de la República de Colombia

- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007.
- Ley 489 de 1998.
- Ley 850 de 2003
- Ley 527 de 1999
- Ley 598 de 2000
- Ley 190 de 1995
- Decreto 2170 de 2002
- Decreto 2474 de 2008
- Decreto 2178 de 2006
- Decreto 3620 de 2004
- Decreto 3512 de 2003
- Decreto 1477 de 1995
- Contraloría General de la República. Circular 0001 de 2008.
- Gaceta del Congreso No. 44, 24 de abril de 1998
- Gaceta del Congreso No. 090 de 2006
- Exposición de motivos, Proyecto de Ley 020 de 2005, radicado en el Senado de la República. Gaceta 458/05.
- Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado.
- Proyecto de Ley Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, Posteriormente fue acumulado con los proyectos legislativos No 057 de 2006 Cámara, y 13-2005, 19-2005, 32-2005, y 83-2005 Senado.
- Resolución 2507 de 2006 del Ministerio de Comunicaciones

- http://www.procuraduria.gov.co/html/sitio_guia/html/participemos_derinfo.html.
- Mesa de Trabajo. Transparencia en la Contratación Estatal. Retos Hacia el Futuro
http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20-%20Documento_mesa_de_trabajo_y_conclusiones%5B1%5D.pdf
- http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transparencia
- Organización Transparencia por Colombia.
<http://www.transparenciacolombia.org.co/transparencia//tabid/68/Default.aspx>.
- Banco Mundial (2002) “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una estrategia Anticorrupción para Colombia.”
- Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción.
<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm>
- Memorias Encuentro Internacional: Adquisiciones del gobierno en medios electrónicos – Experiencias e impacto en el desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Febrero del 2002.
http://www.intosai.org/level6/6_18VN_INT_seminar/suedafrika_s.pdf
<http://www.centrodeconocimiento.com/conocimiento.htm> - <http://www.localnet.es/jornades/docs/ceap/pceel.pdf>
- http://www.emarketservices.es/staticfiles/procurement_6531_.pdf
- Global E-Government Readiness Report 2005.
<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021888.pdf>
- http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/2005/Desarrollo_registro_empresa.pdf

