

**AFECTACIONES A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y TRANSPARENCIA EN LOS
PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**

CINDY SEPÚLVEDA RÍOS

LAURA NATALIA JARAMILLO LOAIZA

CRISTINA OROZCO CANTOR

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

ENVIGADO

2016

**AFECTACIONES A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y TRANSPARENCIA EN LOS
PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**

Presentado por:

CINDY SEPÚLVEDA RÍOS

LAURA NATALIA JARAMILLO LOAIZA

CRISTINA OROZCO CANTOR

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

ABOGADO

Asesor:

GABRIEL JAIME DEREIX RESTREPO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
ENVIGADO

2016

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Envigado, marzo de 2016.

Dedicatoria

Dedicamos este trabajo de investigación primero a Dios, por bendecirnos para llegar hasta este punto, por que ha hecho realidad nuestro sueño.

A nuestras familias, quienes fueron el apoyo y sustento para no desfallecer durante este proceso académico, profesional y personal.

A nuestro equipo de trabajo y nuestros profesores.

CONTENIDO

	Pág.
<i>GLOSARIO</i>	7
<i>RESUMEN</i>	10
<i>ABSTRACT</i>	11
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1. Descripción del problema	12
1.2. Formulación del problema	16
2. JUSTIFICACIÓN	17
3. OBJETIVOS	18
3.1. Objetivo general	18
3.2. Objetivos específicos	18
4. DISEÑO METODOLÓGICO	19
5. MARCO REFERENCIAL	21
5.1. Antecedentes	21
5.2. Marco teórico.....	25
5.2.1. Principios rectores del contrato estatal.....	25
5.2.2. Ley 80 de 1993.....	27
5.2.3. Generalidades de la reforma contenida en la Ley 1150 de 2007.....	28

6. AFECTACIONES A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA.....	31
6.1. Los principios de economía y transparencia en el marco de la contratación estatal en Colombia	31
6.1.1. La transparencia como principio	31
6.1.2. La economía como principio	38
6.2. Los procesos contractuales de invitación pública de mínima cuantía.....	55
6.2.1. Generalidades de la licitación pública.....	56
6.2.2. Proceso licitatorio de mínima cuantía.....	60
6.3. Implicaciones legales del incumplimiento de los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía	62
7. CONCLUSIONES	69
REFERENCIAS.....	73

GLOSARIO

Contrato: acuerdo de dos o más voluntades con el fin de crear obligaciones entre las partes (Arroyave, 2015, p. 1).

Contratación mínima cuantía: contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto (Ley 1150 de 2007, art. 2, núm. 5).

Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman (Ley 80 de 1993, art. 7).

Contratación directa: es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal hace conocer a dos (2) o más oferentes el objeto y las demás variables de contratación a fin de que se formulen propuestas y ofertas, esta modalidad contractual solo procederá en caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos y contratos interadministrativos (Arroyave, 2015, p. 4).

Contratos estatales: son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere la Ley 80 de 1993, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los

contratos de obra, los contratos de consultoría, los contratos de prestación de servicios, los contratos de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública.

Entidades estatales: en Colombia son entidades estatales las siguientes: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (Ley 80 de 1993, art. 2).

Licitación pública: procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula al público una convocatoria para que, en igualdad de condiciones, quienes se encuentren interesados formulen sus ofertas y entre estas se seleccione la más favorable para la entidad (Arroyave, 2015, p. 3).

Secop: Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Ley 1150 de 2007, art. 3).

Selección abreviada: corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que debido a las características, circunstancias, cuantía o destinación del objeto, obra o servicio a contratar se pueden adelantar mecanismos simplificados y ágiles para garantizar la escogencia efectiva del contratista que cumple con los requisitos exigidos por la entidad para la eventual celebración del contrato (Arroyave, 2015, p. 3).

Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal (Ley 80 de 1993, art. 7).

RESUMEN

En la presente investigación se tiene como propósito fundamental determinar las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia de conformidad con los lineamientos de la Ley 1150 de 2007; para ello, se parte del establecimiento, desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, de la noción de un concepto práctico de los principios objeto de estudio; a su vez, se describe la configuración de los procesos contractuales de invitación pública de mínima cuantía desde la normatividad vigente; y por último, se determinan las implicaciones legales del incumplimiento de los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía.

Palabras clave: *Contratación estatal – Licitación pública – Principio de economía – Principio de transparencia – Mínima cuantía.*

ABSTRACT

In the present research has as main purpose to determine the effects on the principles of economy and transparency in public tendering processes small claims in government contracting in Colombia in accordance with the guidelines of the Law 1150 of 2007; for it is part of the establishment, from legislation, doctrine and jurisprudence, the notion of a practical concept of the principles under consideration; in turn, the configuration of the processes of public invitation contractual minimum amount from the current regulations described; and finally, the legal implications of the breach of the principles of economy and transparency in public tendering processes small claims are determined.

Keywords: *government procurement - Bidding - Principle of economy - Principle of transparency - Minimum amount.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La contratación estatal en Colombia se ha caracterizado, entre otras cosas, por tener un carácter eminentemente reglado; éste se justifica en la medida del interés que representa para la comunidad el objeto contractual, de acuerdo a los fines perseguidos por la administración. A diferencia de los negocios jurídicos de los particulares, en la contratación estatal, es imperativo el cumplimiento de todos los requisitos previstos por el derecho positivo para que se produzca una manifestación de voluntad válida y eficaz. Así, las entidades públicas para la selección de sus contratistas, están sometidas en primer lugar a la Constitución, la legislación, los reglamentos y las demás fuentes secundarias creadoras de normatividad, dentro de las cuales, el pliego de condiciones es su principal exponente.

Precisamente, uno de los primeros antecedentes de la contratación estatal en Colombia ha sido el Decreto Ley 222 de 1983, el cual, al momento de su nacimiento, “posibilita el reconocimiento de una serie de innovaciones normativas relacionadas con los principios de unilateralidad, extensión de la cláusula de caducidad administrativa, tipología de los contratos públicos y su campo de aplicación” (Ramírez, 1990, p. 111). No obstante lo anterior, también se observó una serie de inconvenientes que “atentaban contra la agilidad, eficacia e inmediatez que deben ir de la mano con la gestión administrativa para obtener los mejores resultados” (Solano, 1994, p. 93). Por esta razón, “el ordenamiento jurídico no puede concebirse como un marco de prohibiciones,

obstáculos o dificultades para los gobernantes y administradores; por el contrario debe ser un instrumento idóneo que facilite el cumplimiento de los cometidos estatales” (Betancur, 1994, p. 9).

Es así como la estructura del decreto en mención fue criticada en su momento, tanto por parte de la administración como de la doctrina y la jurisprudencia, la cual es tildada por Suárez (1994) como una normatividad estática y dispersa, reglamentada en exceso, sujeta a multiplicidad de trámites durante la etapa de formación del contrato, daba lugar a una presunción de mal comportamiento contractual de quienes acudían a entablar relaciones con las entidades estatales, contenía una división ambigua y contradictoria de los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, procuraba el desconocimiento de la verdadera naturaleza y esencia de los contratos y contenía excesivos privilegios y prerrogativas para la administración en menoscabo de los derechos del particular contratista.

Debido a las múltiples críticas que sufrió el Decreto Ley 222 de 1983, principalmente por el incumplimiento de los fines propuestos por el mismo, conllevó a que éste fuera considerado como una herramienta jurídica que no respondía a los mandatos consagrados en la Constitución Política de 1991, puesto que ésta reclamaba nuevos conceptos de administración y de gobierno. Según Solano (1994), de allí surgió la necesidad de crear un estatuto que fuera coherente con los cambios históricos, políticos, económicos y sociales que se dieron en la época.

Al respecto, es importante resaltar que los principios de la administración pública encuentran fundamento constitucional; con el ánimo de cumplir dichos preceptos constitucionales, se

dictaminó la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que fue publicada en el Diario Oficial No. 41.094, el día jueves 28 de octubre de 1993.

La Ley 80 de 1993 es el resultado del mandato constitucional del artículo 150, numeral 25, último inciso, que reza: “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional”.

Tanto durante la discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de la República, como después de su promulgación, se discutió sobre la naturaleza de la Ley 80 de 1993, llegándose a afirmar por algunos que “se trata de una Ley Estatutaria, mientras que otros le han asignado el carácter de Ley Cuadro o Marco” (Suárez, 1994, p. 14).

Posteriormente, se estableció la Ley 1150 de 2007, 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 la contratación con recursos públicos, constituye la reforma más significativa que ha experimentado la contratación pública en Colombia, luego de la Ley 80 de 1993. Ella introduce nuevas figuras, reforma y complementa las existentes en la Ley 80, a fin de adaptar las condiciones de la contratación pública a los nuevos contextos del mercado, en el cual el Estado debe matizar sus prerrogativas de otrora, para ponerse poco a poco en la misma posición de los demás agentes del mercado, con instrumentos ágiles y simplificados que le permitan ser eficiente y competitivo, al tiempo que garantiza la transparencia y la correcta destinación de los recursos públicos.

En ese sentido, la Ley 1150 se inspira en cuatro objetivos centrales: dos principales, consistentes en mejorar la eficiencia de la contratación pública y hacerla más transparente, y dos derivados, encaminados a hacer de ella un instrumento de desarrollo económico y social e incentivar en la misma la utilización de mecanismos electrónicos.

Para el primero de ellos, la eficiencia, la Ley 1150 consagra mecanismos que agilizan los procesos de contratación, adaptándolos al objeto del contrato y reduciendo trámites y costos de transacción, mediante la nueva regulación y adaptación de aspectos como las modalidades de selección y el Registro Único de Proponentes.

A través de esta investigación se pretende realizar el abordaje de una de las problemáticas que más afecta a los procesos de contratación estatal en Colombia como es la corrupción, asunto éste que ha dado lugar al despilfarro y apropiación de dineros del erario público.

Por ello, este estudio apunta al desarrollo de un análisis de la normatividad colombiana vigente que se ha dictado en materia de contratación estatal, buscando determinar si las mismas resultan eficientes para mantener incólumes los principios de economía y transparencia en los contratos; por ello, se parte de la hipótesis, muchas veces corroborada en la práctica, y es que en Colombia los contratos no gozan de la transparencia necesaria y suficiente para garantizar una correcta asignación de un contrato.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De este modo, siguiendo los anteriores planteamientos, el propósito de la presente propuesta investigativa se centra en responder la siguiente pregunta problematizadora: ¿Cuáles son las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia?

2. JUSTIFICACIÓN

El tema escogido en la elaboración de la presente monografía es de gran importancia académica, toda vez que busca analizar las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia, de tal manera que se pueda hacer una aproximación discursiva al fenómeno en cuestión y así forjarse un sano criterio frente al asunto.

Es de nuestro interés presentar un estudio sistemático y estructurado de los principios de economía y transparencia en el marco de la contratación estatal en Colombia, en virtud de la oportunidad que brinda la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado de llevar a cabo este ejercicio académico.

La elaboración de esta monografía se constituye para los autores en todo un reto académico y personal, toda vez que busca poner a prueba los conocimientos conceptuales, metodológicos, filosóficos y críticos adquiridos a lo largo del proceso formativo en la universidad; se trata, ante todo, de un tema novedoso, en la medida en que la economía y la transparencia son los principios mayormente afectados por las problemáticas que afectan a la contratación estatal en Colombia.

La presente investigación pretende desarrollarse a lo largo del primer y segundo semestre de 2015, tomando como referencia las normas vigentes para la fecha de terminación de este estudio.

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general

Determinar las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia de conformidad con los lineamientos de la Ley 1150 de 2007.

3.2. Objetivos específicos

Establecer desde la legislación, la doctrina y la jurisprudencia la noción de un concepto práctico de los principios de economía y transparencia en el marco de la contratación estatal en Colombia.

Describir la configuración de los procesos contractuales de invitación pública de mínima cuantía desde la normatividad vigente.

Determinar las implicaciones legales del incumplimiento de los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía.

4. DISEÑO METODOLÓGICO

Ésta es una investigación de tipo cualitativo, en la cual se procuró un análisis axiológico de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en torno al tema de las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia.

La pertinencia del enfoque cualitativo radica en las siguientes razones: se orienta hacia la profundización de fenómenos sociales, los investigadores que emplean este método buscan entender una situación social como un todo, teniendo en cuenta sus propiedades y su dinámica, y cualifica y describe fenómenos sociales, de acuerdo a como sean percibidos en una situación determinada.

Ello hizo necesario una valoración y contextualización teórica que procurara una propuesta interpretativa para la lectura de la norma sobre el tema objeto de estudio. Una vez recolectada la información, se procedió a una valoración cualitativa de la misma, buscando con ello la identificación de los rasgos sustanciales y procesales que giran en torno a las afectaciones a los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía en la contratación estatal en Colombia.

El método que se empleó es de tipo documental, por lo cual la información fue sometida a una valoración acorde a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, pero de igual forma, no

sobraron las conceptualizaciones basadas en criterios personales de carácter social, pues la temática de este estudio sugirió este tipo de abordaje.

Se emplearon, así mismo, fuentes documentales desde las cuales se realizó la respectiva referenciación de las diferentes temáticas, conceptos y normativas que fundamentaron este estudio; se prestó especial atención a la jurisprudencia expedida durante los últimos años, tiempo en el cual, según lo que se pudo ver en las lecturas previas para poder desarrollar el planteamiento del problema, se ha venido abordando con más ahínco el tema de la contratación estatal.

De igual modo, se hizo uso de un rastreo bibliográfico el cual se evidencia en la bibliografía el cual se fue ampliando a medida que se avanzó en el proceso investigativo; de igual forma, se emplearon fuentes electrónicas que permitieron consultar, en particular, legislación y jurisprudencia.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1. Antecedentes

A continuación se realiza una identificación rápida de los diferentes antecedentes investigativos en torno a una serie de categorías que sirven de referente para el desarrollo de los objetivos de esta investigación; el propósito de dicha identificación se centra en evitar la duplicidad de investigaciones, esto es, establecer posibles estudios y publicaciones que pudiesen asemejarse en su totalidad o en parte al objeto de análisis de este trabajo, y de esta manera garantizar la originalidad de este escrito.

A propósito, se destaca en primer lugar la publicación de Gómez (2011), la cual consiste en un manual para un buen control de recursos en la contratación pública; este manual tiene los propósitos de contribuir a la calidad, efectividad y transparencia de la contratación pública colombiana, a su adecuado control y permanente mejoramiento, en tanto que constituye el principal instrumento de la gestión en la ejecución de los recursos públicos. Para tal fin se tratan los siguientes temas: 1. La consolidación del concepto Contrato Estatal, la diversidad de regímenes - rasgo principal de Colombia- y los principios que regulan cada escenario jurídico. 2. El análisis del marco de reglas vigentes, su inseguridad jurídica y su impacto. 3. Un mapa explicativo de las modalidades y procedimientos de selección en los contratos estatales, a saber: la licitación, la abreviada, el concurso de méritos y la directa. 4. Los contratos de prestación de servicios. 5. Asuntos relevantes. 6. El gran reto que tenemos hoy en el país de ejercer control

fiscal a la contratación pública. 7. Las tipologías disciplinarias y penales por faltas relacionadas con la contratación estatal. 8. El cuadro analítico con las 138 normas vigentes.

Por su parte, en el artículo de Lara (2013) se relata el efecto que el proceso de integración económica, adoptado por el Estado colombiano con la Constitución Política de 1991, ha traído en esta materia, al pasar de un Estado ejecutor a uno con un rol más regulador. Lo anterior conlleva que los bienes y servicios que en gran medida eran asumidos directamente por la entidad estatal, ahora los suministren proveedores del sector privado o social, ampliando su participación indirecta en la prestación del servicio público y por ende en el logro de los fines del Estado. El gobierno ha diseñado mecanismos que promuevan la protección de los principios de la función pública en el proceso para la adquisición de bienes y servicios, ya que si bien la contratación es un medio para lograr la misión estatal, estos productos y servicios se involucran en la calidad de dicha misión, y por lo tanto se deben controlar para efectos de asegurar la transparencia, la selección objetiva, las condiciones técnicas e idóneas de los bienes, servicios y proveedores/contratistas, mediante la gestión eficiente, eficaz y efectiva de los recursos que se tienen para los procesos contractuales.

Ospina (2009), por su parte, hace énfasis en cómo la Ley 1150 de 2007 demarcó el inicio de una nueva era de la contratación pública en Colombia. La implementación de medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal, tales como la reformulación del deber de selección objetiva y la adecuación de los procesos de selección al objeto contractual, así como adopción de sistemas electrónicos para la contratación y la promoción del desarrollo a través de

ella, definen los principales objetivos de la reforma que introduce la Ley y desarrollan sus decretos reglamentarios.

En el ensayo escrito y publicado por Jiménez (2009), se presenta el contenido, alcance y desarrollo que ha tenido el principio de transparencia en la Ley 1150 de 2007. Destaca el autor que en el proceso de contratación estatal se hace necesario partir de la aplicación de los principios que rigen dicha normatividad, los cuales se evidencian en diferentes actuaciones dentro del mismo, situación que se refleja en la filosofía que se buscó al aprobarse La Ley 1150 de 2007 la cual reza “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. La importancia del estudio de este tema radica en que el conocimiento sobre la aplicación de los principios, es la base para el desarrollo y buen manejo de la contratación en materia estatal; la mayoría de los fallos sobre la materia cuentan con una dosis significativa de aplicación de principios y creemos que se hace necesario estudiar que alcance y desarrollo ha tenido el principio de transparencia en La Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario, o si por el contrario no se desarrolla de manera significativa dicho principio. La importancia de que las adjudicaciones se realicen al culminar un proceso licitatorio siguiendo lo preceptuado normativamente, será el cumplimiento del interés general como fin primordial del Estado. El principio de transparencia debe observar los requisitos jurídicos, los técnicos, económicos y financieros establecidos en los pliegos de condiciones, los cuales deben conducir a la administración a seleccionar una propuesta.

En la investigación de Martínez y González (2015) se muestra la aplicabilidad del principio de transparencia en la contratación estatal, el problema de la investigación es el análisis de los aspectos que enmarcan la modificación del estatuto contractual mediante la Ley 1150 de 2007; siendo el objetivo principal determinar si las medidas para la transparencia, introducidas mediante la Ley 1150 de 2007, han sido eficaces; para su desarrollo se realizan unos objetivos específicos, en primer lugar definir conceptualmente el principio de transparencia en la contratación; en segundo lugar la identificación de las causas de la modificación del estatuto, a partir de la exposición de motivos de la Ley; en tercer lugar el análisis del contenido de la norma y su aplicabilidad, y finalmente el análisis de los índices de corrupción en Colombia, a fin de determinar la eficacia de la norma.

En el trabajo de Valdés (2012) se establece cómo las prácticas más comunes de corrupción en los contratos estatales son la indebida o fallida planeación de las obras que muchas veces lleva a que se tengan que reconocer reajustes con valores superiores a las obras iniciales en beneficio del contratista y el diseño de obras innecesarias y costosas que se contratan por fuera de los precios del mercado, todo con el propósito de crear el camino que permita adjudicarles a determinadas personas y desviar los recursos públicos en manos de funcionarios y particulares, prácticas que no solo se surten en la etapa previa de selección de contratistas, sino que se presentan durante su ejecución y hasta su liquidación. Todas estas actuaciones se han utilizado como una oportunidad para que algunos políticos y empresarios hayan conformado una alianza estratégica con los funcionarios internos de la entidad dirigida a saquear a las administraciones públicas. Por ello, los políticos corruptos financian sus campañas a través de inversiones de empresas a las que luego compensan con la adjudicación de contratos públicos, para que luego, los empresarios

puedan recuperar sus inversiones mediante sobrepuestos, deducciones en la calidad o cantidad de los materiales, facturación falsa o renegociando el contrato con otro empresario a través de la subcontratación y a su vez los funcionarios pueden recibir la compensación económica esperada a través de estas prácticas corruptas.

Finalmente, en la investigación de Ríos (2005), se aborda el tema de la selección de contratistas en los contratos de obra celebrados en el Municipio de Bucaramanga (Santander – Colombia) en los años 2003 y 2004; para ello, se realiza una revisión de los procesos contractuales del año 2003; de estos procesos resultaron una serie de hallazgos y conclusiones. Estas conclusiones se confrontaron con los procesos desarrollados en el año 2004, y a partir de allí se determinó si se continuó llevando a cabo las mismas prácticas. Una vez realizado lo anterior se procedió a determinar las conclusiones generales. A partir de las conclusiones generales se formularon a la Alcaldía de Bucaramanga una serie de recomendaciones con el fin de mejorar la selección de contratistas en el Municipio.

5.2. Marco teórico

5.2.1. Principios rectores del contrato estatal

La Ley 80 de 1993 con su reforma, la Ley 1150 de 2007, se encuentra fundamentada sobre dos premisas esenciales, que son: 1) la autonomía de la voluntad y 2) La incorporación del derecho privado, que tienen como teleología combatir la ineficacia administrativa, que en este campo de la actividad estatal había originado el Decreto ley 222 de 1983, por el exceso de

trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente el estatuto contractual del Estado está iluminado por los principios de:

- 1) Transparencia.
- 2) Economía.
- 3) Responsabilidad.
- 4) Buena fe (artículo 83 de la Constitución).
- 5) Principios que rigen la función administrativa, que son igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209, inciso primero, de la Constitución).

En cuanto al principio de la autonomía de la voluntad, éste consiste, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana (C-949/01), en ofrecerle un extenso margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites impuestos por el interés público, regule sus relaciones contractuales cimentado ello en la consensualidad del acuerdo de voluntades como regla principal. La consecuencia de este principio, por tanto, es la abolición de los tipos contractuales para que se escoja una sola categoría contractual y es la del contrato estatal a la que se le pueden aplicar las disposiciones comerciales y civiles del caso, excepto en las materias reguladas concretamente en la ley.

5.2.2. Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, fue publicada en el Diario Oficial No. 41.094, el día jueves 28 de octubre de 1993.

La Ley 80 de 1993 es el resultado del mandato constitucional del artículo 150, numeral 25, último inciso, que reza: “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional”.

Tanto durante la discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de la República, como después de su promulgación, se discutió sobre la naturaleza de la Ley 80 de 1993, llegándose a afirmar por algunos que “se trata de una Ley Estatutaria, mientras que otros le han asignado el carácter de Ley Cuadro o Marco” (Suárez, 1994, p. 14).

Después de hacer un análisis de los artículos 153 y 150 numeral 19 de la Constitución Política, se desprende una enumeración taxativa y excluyente, lo que descarta de plano que el régimen de la contratación estatal tuviera que estar sometido a alguna de dichas leyes, se puede por tanto, concluir que “la Ley 80 de 1993 tiene el carácter y la naturaleza propia de una Ley Ordinaria, cuyo objeto no es otro distinto que el indicado en el artículo primero de la misma: La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” (Suárez, 1994, p. 17).

En cuanto a la estructura de la Ley 80 de 1993, hay que decir que la misma está contenida en nueve apartados, así:

- De las disposiciones generales. Art. 1 al 22.
- De los principios de la contratación estatal. Art. 23 al 31.
- Del contrato estatal. Art. 32 al 43.
- De la nulidad de los contratos. Art. 44 al 49.
- De la responsabilidad contractual. Art. 50 al 59.
- De la liquidación de los contratos. Art. 60 y 61.
- Del Control de la gestión contractual. Art. 62 al 67.
- De la solución de las controversias contractuales. Art. 68 al 75.
- De las disposiciones varias. Art. 76 al 81.

5.2.3. Generalidades de la reforma contenida en la Ley 1150 de 2007

La Ley 1150 de 2007, 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 la contratación con recursos públicos, constituye la reforma más significativa que ha experimentado la contratación pública en Colombia, luego de la Ley 80 de 1993. Ella introduce nuevas figuras, reforma y complementa las existentes en la Ley 80, a fin de adaptar las condiciones de la contratación pública a los nuevos contextos del mercado, en el cual el Estado debe matizar sus prerrogativas de otrora, para ponerse poco a poco en la misma posición de los demás agentes del mercado, con instrumentos ágiles y simplificados que le permitan ser eficiente y competitivo, al tiempo que garantiza la transparencia y la correcta destinación de los recursos públicos.

La reforma, tal como lo señala Suárez (2009), entiende que la contratación del Estado debe ser una contratación “inteligente”, habida cuenta que su participación “en el PIB supera el 11%, lo que debe llevar a concluir que cualquier medida que impacte tal volumen de recursos, sin duda tendrá una significación mayor en el contexto no sólo de la administración pública, sino en el terreno de lo económico” (Colombia. Senado de la República, Proyecto de Ley 20 de 2005), al posicionar al Estado como el principal comprador de bienes y servicios de la economía. En ese sentido:

La Ley 1150 se inspira en cuatro objetivos centrales: dos principales, consistentes en mejorar la eficiencia de la contratación pública y hacerla más transparente, y dos derivados, encaminados a hacer de ella un instrumento de desarrollo económico y social e incentivar en la misma la utilización de mecanismos electrónicos (Suárez, 2009, p. 1).

Para el primero de ellos, la eficiencia, la Ley 1150 consagra mecanismos que agilizan los procesos de contratación, adaptándolos al objeto del contrato y reduciendo trámites y costos de transacción, mediante la nueva regulación y adaptación de aspectos como las modalidades de selección y el Registro Único de Proponentes.

En cuanto a la transparencia, la Ley 1150 de 2007 se inspira en la noción según la cual la contratación es más transparente en la medida en que es más eficiente. Eficiencia deriva en transparencia, superando la noción clásica de transparencia en la actividad de la administración entendida como la imposición del mayor número posible de controles y requisitos en cada proceso. La reforma procura que la contratación pública sea más transparente en la medida en que pueda desarrollarse de manera más ágil y expedita. En este sentido, la nueva regulación en materia de contratación no pretende desempeñar un papel de norma anticorrupción, pues ello “desvirtúa por completo la razón de ser de una regulación que busca la obtención de “buenas

ofertas”, es decir, propuestas de la calidad y condiciones requeridas, al mejor precio, por parte de oferentes capaces, cumplidos y confiables” (Palacios, 2007, p. 194).

El tercer objetivo se concreta en el artículo 12 de la Ley 1150, en virtud del cual las entidades administrativas deben procurar las condiciones que permitan la participación de Mipymes y oferentes locales y departamentales en la ejecución de contratos públicos que ellas celebran. De esta manera, la reforma procura que la contratación se haga un instrumento de desarrollo, en tanto no sólo estimula la participación de pequeños oferentes, sino también la reducción de costos, todo sin menoscabo de la calidad de los bienes y servicios contratados, a fin de promover el desarrollo y maximizar la disponibilidad de recursos para inversión social.

Finalmente, la utilización de mecanismos electrónicos en la contratación se expresa en la creación de un Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP, que implementa en la contratación pública las herramientas de comercio electrónico introducidas por la Ley 527 de 1999, reduciendo costos y trámites, mediante la utilización de medios electrónicos y documentos digitales, y facilitando el acceso a la contratación de todos los oferentes que reúnan las condiciones habilitantes mínimas para hacerlo.

6. AFECTACIONES A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA DE MÍNIMA CUANTÍA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

6.1. Los principios de economía y transparencia en el marco de la contratación estatal en Colombia

Los principios de economía y transparencia en la contratación estatal colombiana buscan que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y del desorden, sino que sea una acción que contenga una verdadera planeación para así satisfacer las necesidades de la comunidad; es por ello que aquí se explican y definen dichos principios de la siguiente manera:

6.1.1. La transparencia como principio

Uno de los debates más álgidos en torno a los principios tiene que ver con su obligatoriedad en la medida en que muchos de ellos no se encuentran positivizados. Para el caso del principio de transparencia aplicado a la contratación estatal, se cuenta con la ventaja de que está explícitamente definido en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y ratificado además en otras disposiciones como la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015.

Desde la dogmática del derecho administrativo existe una relación necesaria, casi inmediata, entre el principio de transparencia y el de la publicidad de las actuaciones, aunque también puede llegar a relacionarse con la imparcialidad, la legalidad y la ritualidad del proceso de selección.

En este sentido, el profesor Expósito (2003) hace referencia a dicho principio en los siguientes términos:

Es el postulado más importante dentro de la etapa de selección de los contratistas y, en consecuencia, de la celebración de lo que en un futuro se denominará contrato del Estado o administrativo, por cuanto dentro de su gran concepto se encuentran inmersos otros principios, necesarios para la buena ejecución de la actividad precontractual. Este está instituido para garantizar el pleno desarrollo de esos otros principios.

(...) Con base en estos criterios nos atrevemos a decir que este principio en términos generales consiste en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la elección objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por parte de los funcionarios como de los ciudadanos interesados en la contratación. En Estados Unidos se identifica con la expresión *fair play*, o juego limpio en la contratación. De hecho, si en todas las etapas del procedimiento adjudicatario se vislumbra claramente la legalidad y la facilidad del proceso, su aplicación enlazará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona el aparato estatal.

La manifestación más profunda de este principio está dada por la ritualidad que lleva consigo el procedimiento de selección de los contratistas, a tenor de los estatutos de contratación que se estudian aquí. Por ejemplo, en los dos ordenamientos (español y colombiano) la licitación busca escoger al proponente más idóneo en razón de la igualdad y del interés público. Estos dos conceptos ofrecen transparencia y en ellos se envuelve de manera definitoria toda la actividad contractual de la Administración (p. 566).

Esa misma relación necesaria se observa en la definición operativa de la transparencia y en su sustentación teórica.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 trata el principio de transparencia en dos normas básicas así: en el artículo 23 presenta en forma amplia el esquema de principios a los cuales deben sujetarse las actuaciones contractuales de las entidades sometidas al estatuto^{*} y en el artículo 24 define los componentes del principio de transparencia.

* Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se

En la medida en que la presente investigación adopta una definición normativa del principio de la transparencia, tal y como es descrito en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, es necesario realizar una exposición más detallada de las reglas que componen dicho artículo. En este sentido, se aclara que la definición de transparencia para efectos de la investigación no tiene un enfoque de costo-beneficio, ni desde los derechos.

Conforme al numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007, una primera manifestación de la transparencia es que la selección de los contratistas se realice a través de licitación pública, salvo que concurra alguna causal de contratación directa, selección abreviada, o que aplique el concurso de méritos. Con esto se busca garantizar, principalmente, que la elección de los contratistas del Estado no quede librada al arbitrio de cada administración pública, a los criterios de cada entidad, sino que se garantice la igualdad y la libre concurrencia para todos aquellos que cumplan con ciertas condiciones jurídicas, técnicas y financieras para participar. El hecho de que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación deban aplicar los procedimientos de selección antes citados, busca reducir, igualmente, los riesgos de maniobras fraudulentas en la contratación estatal, al establecer iguales causales y supuestos para todas las entidades, lo que a su vez otorga seguridad jurídica a los contratistas, oferentes, o en general, a quienes pretendan aspirar a ser proveedores del Estado.

En el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consagra el derecho que tiene todo interesado en los procesos contractuales, de conocer y controvertir los informes, conceptos o

aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

decisiones, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar opiniones. En este estadio, basta con mencionar que en esta regla de transparencia encuentran concreción varios principios de la función administrativa: el de publicidad, pues dicho conocimiento de informes, conceptos o decisiones, sólo se puede dar en la medida en que se exija a las entidades públicas ponerlos en conocimiento de los interesados (por ejemplo, en un lugar u oficina concreta, o a través del SECOP); el de igualdad, en tanto la puesta en conocimiento debe ser igual para todos y todos deben tener igual oportunidad de presentar las observaciones pertinentes; y el debido proceso, por cuanto esta regla lleva ínsita la posibilidad de controvertir los informes y decisiones, aportar argumentos y pruebas, y en suma, defender los intereses específicos que se tengan en el procedimiento de selección.

En el numeral 3 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se estipula que, en el contexto de la contratación estatal, las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de la licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. Esta norma es muy importante porque vuelve a poner de manifiesto, como lo hace el numeral 2 ibídem, la íntima relación que existe entre la transparencia en su definición normativa y la publicidad. Si bien la discusión sobre la transparencia puede llevar al campo de la "moralidad pública o administrativa", el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 la relaciona, preferentemente, con la publicidad de las actuaciones y con la posibilidad de que, por esta vía de la publicidad, los interesados puedan ejercer un control más efectivo e informado sobre dichas actuaciones. En suma: la definición normativa de la

transparencia tiene un fuerte sustento en el principio de publicidad, el cual también aplica a la función administrativa en general.

El numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, consagra la regla y el deber de que las autoridades públicas expidan, a costa de aquellas personas que demuestren un interés legítimo, copia de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gozan las patentes, procedimientos y privilegios. Esta regla reafirma la idea de que no existe reserva de los ofrecimientos que se presentan a las entidades estatales, excepto en cuanto contengan patentes, procedimientos y privilegios. La publicidad de estos documentos está dirigida a facilitar el control de las decisiones de la administración, especialmente, en cuanto al informe de evaluación, permitiendo que los interesados puedan constatar con las ofertas la aplicación de los diferentes criterios previstos en el pliego de condiciones. De este modo, en el citado numeral se reafirma la transparencia como publicidad y como garantía del debido proceso (derecho de defensa y contradicción).

En el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se consagran diferentes reglas que deben cumplir los pliegos de condiciones, así:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones o reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

En esencia, lo que se busca en la norma transcrita es que los pliegos de condiciones queden redactados con tal nivel de claridad que no se induzca a error a los proponentes y se les facilite la presentación de las ofertas en condiciones de igualdad, de modo que pueda garantizarse una selección objetiva. En conclusión: la transparencia, en esta regla específica, aparece más relacionada con el derecho a la igualdad y con la selección objetiva.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, establece que en los avisos de publicación de apertura de la licitación y en los pliegos de condiciones, se deben señalar las reglas de la adjudicación del contrato. Esta regla es aplicación del principio de selección objetiva, en tanto busca que los interesados conozcan anticipadamente con base en qué criterios van a ser sopesadas y evaluadas las ofertas. De igual manera, se parte del principio de igualdad, porque precisamente esos criterios de evaluación y adjudicación deben aparecer explícitos desde los avisos de apertura y los pliegos de condiciones, es decir, la publicidad es el medio para dar a conocer las reglas fundamentales del procedimiento de selección y de la adjudicación.

El numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se refiere a la exigencia de que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, excepto los de mero trámite, sean motivados en forma detallada y precisa, así como los informes de evaluación,

el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de selección. Esta regla del principio de transparencia no hace otra cosa que concretar, para el tema contractual, el postulado general de motivación de los actos administrativos como una manera de controlar la arbitrariedad de la administración, facilitar el control del acto de una manera más concreta (desde sus presupuestos fácticos y jurídicos) y propiciar su control jurisdiccional. Desde una perspectiva más profunda, la motivación de los actos administrativos se deriva del Estado Democrático, en el cual los gobernantes se ven precisados a fundamentar sus decisiones en términos de legitimidad. Frente a un estadio histórico pasado en que el monarca concentraba los poderes y no debía explicaciones a ningún súbdito, el momento actual sí impone a los Estados una mayor apertura frente al pueblo o la Nación como titulares de la soberanía. En suma, esta regla de transparencia tiene relación directa con el principio democrático y con el de legalidad, pues en últimas lo que trata de controlarse a través de la motivación de los actos administrativos, es su conformidad respecto al ordenamiento jurídico que les sirve de fundamento.

En el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se ordena a las autoridades no actuar con desviación o abuso de poder y ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. De igual manera, les prohíbe eludir los procedimientos de selección y demás requisitos consagrados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esta regla busca dar aplicación al postulado conforme al cual todos los actos administrativos, y en general, todas las actuaciones de la administración deben obedecer a un único fin: la prevalencia del interés general. Cuando ello no es así, se presenta un vicio conocido como la “desviación de poder”, el cual implica que las prerrogativas públicas han sido utilizadas para beneficio personal, particular, partidista, o en todo caso, desvirtuando el interés común. Adicionalmente se pretende

proteger el principio de legalidad, recordándoles a las entidades públicas el deber de dar aplicación a los procedimientos de selección previstos en el Estatuto de Contratación.

Por último, el numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, prohíbe que en los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos estatales, se incluya alguna referencia a nombres o cargos de servidores públicos. En esta regla aparece nuevamente el principio de publicidad, pero también el de imparcialidad, porque la prohibición está dirigida a evitar que los interesados u oferentes establezcan contacto directo con los funcionarios que tengan a su cargo adelantar los procesos de selección, y se realicen acuerdos para direccionar o distorsionar dichos procesos.

6.1.2. La economía como principio

Desde el artículo 209 de la Constitución Política se hace una apuesta fuerte por la positivización y la aplicación de los principios de eficacia, de economía y de celeridad, así:

Artículo 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, **eficacia, economía, celeridad**, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración Pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (negritas fuera de texto).

Sin embargo, es pertinente aclarar que desde antes, en el Código Contencioso Administrativo expedido en 1984*, ya se habían definido los principios de economía, celeridad y eficacia en los siguientes términos:

Artículo 3. Principios orientadores.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene de forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para las actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. (...)

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado. (...)

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. (...).

El actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011 también se refiere al principio de economía en los siguientes términos:

Artículo 3º. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

* El Decreto 01 de 1984, se encuentra actualmente derogado por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

El carácter general y básico de la norma contenida en Ley 1437 de 2011 no le resta importancia para el tema de la investigación, en la medida en que el procedimiento de la licitación pública es ante todo un procedimiento administrativo y aunque esté sometido a normas especiales, también le son aplicables estos principios contenidos en el C.P.A.C.A. Mucho antes de que se expidiera la Ley 80 de 1993 ya existía en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto a los trámites administrativos, una tendencia a hacerlos más económicos en tiempo y en dinero, a suprimir las etapas que no fueran estrictamente necesarias, a promover el impulso oficioso de los mismos para evitar decisiones inhibitorias. Sin embargo, lo que sucede con la licitación pública es que las reformas legales y reglamentarias que se han hecho sobre ella, han implicado la introducción de cada vez más etapas y requisitos buscando la tan preciada transparencia, pero no se ha procedido a una labor de depuración y simplificación del trámite, suprimiendo las etapas y requisitos que, de acuerdo con las nuevas regulaciones, devienen innecesarios dentro del procedimiento de selección. Lo anterior ha generado duplicidades y demoras en el trámite de las licitaciones y en el perfeccionamiento y legalización de los contratos producto de ellas.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, el principio de economía se consagra como uno de los principios especiales de la contratación estatal, y junto con el de transparencia y el de responsabilidad, son los únicos que tienen una definición especial dentro del Estatuto de Contratación. Esa definición y contornos, se encuentran en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

En materia contractual administrativa los principios de eficacia, eficiencia y celeridad se encuentran imbricados de tal forma que no es posible asegurar con certeza dónde termina el uno y dónde comienza el otro. En términos generales, la eficacia implica el logro de los fines propuestos, la eficiencia apunta a la racionalización de los medios para lograr el resultado y la celeridad a la prontitud con que pueda resolverse un trámite o proceso, evitando las dilaciones innecesarias.

Para mayor ilustración acerca de esta relación entre principio de eficacia y los fines de la función y del procedimiento administrativo se traen algunas ideas que al respecto expone Brewer (2003) de la siguiente manera:

El segundo de los principios del procedimiento administrativo que incluyen en su enumeración todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, es el principio de la eficacia. Así sucede en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) y de México (art. 13), y en el Derecho de Uruguay (art. 2) (...).

En esta forma, el principio de la eficacia implica el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad.

En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible (...).

El principio de la eficacia exige interpretar el procedimiento administrativo, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar un fin. Lo que importa en el tratamiento del procedimiento, por tanto, es la finalidad perseguida.

Esa finalidad, como se dijo, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero, el interés general; segundo, el interés ciudadano, y tercero, el interés de la propia Administración en la relación jurídica (principios de racionalización del procedimiento administrativo).

(...) Por su parte, el Código colombiano exige que: Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley (art. 2).

Pero además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. (...) Pero además de los fines anteriores, también podría identificarse un tercer fin que guía la interpretación del procedimiento y que tiene que ver con la racionalización de la actividad administrativa, es decir, con los principios de la simplicidad, de la normalización o de la uniformización que se han querido establecer en muchos procesos de reforma administrativa y que regulan algunas leyes. (p. 44).

Ahora bien, en términos de Expósito (2003), el principio de celeridad se encontraría:

Dentro de lo que comporta el postulado de la economía contractual. En la contratación del Estado, en su etapa preparatoria, el impulso de las actuaciones administrativas le corresponde a cada ente estatal de manera oficiosa. Con él, lo que se busca es la eliminación de trámites inocuos, y que las autoridades competentes para llevar a cabo los contratos utilicen de manera irrestricta los parámetros establecidos en el cuerpo normativo pertinente. (...) El artículo 25.4 [de la Ley 80 de 1993] recurre a la austeridad en el tiempo, en medios y gastos, así como a la prohibición de dilaciones y retardos injustificados. Este principio lo que pretende es la agilización de la fase precontractual de la Administración. Su aplicabilidad práctica está ligada a la prohibición que se le hace a las autoridades administrativas de exigir más requisitos de los que aparecen en el pliego de condiciones o términos de referencia y de los que la ley contractual establezca (p. 557).

Por su parte, la economía va a conjugar todos estos aspectos: un adecuado uso de los recursos y la rapidez en los procesos para lograr los fines propuestos, que en el caso de la contratación administrativa tienen que ver con la ejecución del contrato y la satisfacción del interés general.

En criterio de Expósito (2003), la economía administrativa es de relativa aplicación y debe valorarse en cada caso concreto. En el ámbito contractual, consiste en la maximización de los recursos necesarios y la búsqueda de la agilidad en los procesos contractuales, para lo cual el Estatuto de Contratación ha tratado de eliminar trámites engorrosos y autorizaciones innecesarias que los entranan, encarecen y dilatan. Lo que se busca con la aplicación de este principio de economía es que el trámite contractual sea lo menos oneroso posible para el erario.

De igual manera, destaca el mencionado autor que el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consagra este principio de manera pormenorizada. La inclusión de los términos preclusivos y perentorios para desarrollar la selección constituye un aporte fundamental para la eficiencia de la contratación del Estado y se le da importancia a los requisitos de fondo y no a los de forma, en el sentido de que se permite subsanar éstos últimos para evitar producir decisiones inocuas o inhibitorias.

Pero uno de los aspectos que más llama la atención entre las ideas presentadas por el profesor Expósito (2003), es que asimila la eficiencia y la economía, reforzando la tesis de la imbricación de estos principios que se expuso anteriormente:

La eficiencia es la misma economía, pero con variantes, dado que supone en igual medida la utilización de la economía en la obtención de máximos resultados con el mínimo de recursos públicos posibles, pero siempre manteniendo la calidad y especificaciones técnicas exigidas; se diferencia, como hemos visto, de la eficacia, toda vez que ésta responde a la definición de objetivos propuestos en los plazos previstos. Lleva envuelta la consideración de medios alternativos para alcanzar los resultados. Estas premisas en el ámbito precontractual jugarán aplicabilidad en la consecución de fórmulas desprovistas de trabas; es decir, la Administración tratará, en el caso de exigencias formales, de ser laxa a la hora de permitírsele al participante subsanar el error que, insistimos, sea de forma y no de fondo. El efecto buscado es hacer una contratación más expedita sin salirse de los cánones legales (p. 572).

El profesor Brewer (2003), también va a concebir el principio de la economía procedimental como una categoría que incluye el cumplimiento del fin (eficacia), el menor costo (eficiencia) y la rapidez (celeridad). Al respecto dice:

(...) el principio de la economía procedimental también informa el procedimiento administrativo, a los efectos de que el cumplimiento del fin propuesto, se logre con el menor costo y en la forma más rápida posible. Es con este principio de la economía con el que se busca evitar trámites inútiles e innecesarios; agilizar las diligencias; y eliminar las demoras innecesarias (p. 53).

Respecto a los demás ordenamientos latinoamericanos, destaca que el artículo 3 del derogado Código Contencioso Administrativo colombiano (ratificado por el actual Código-Ley 1437 de 2011) define el principio de economía y que esta misma definición es recogida por el Reglamento de la Comunidad Andina, en el cual, no obstante se le califica como "economía procesal".

El mismo principio lo recoge el Reglamento de la Comunidad Andina en el cual, a pesar de la influencia de la legislación colombiana, se lo califica como principio de economía procesal; al disponer su artículo 5 lo siguiente: En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios (Brewer, 2003, p. 53).

Según este autor, estos son los únicos dos cuerpos normativos que definen en detalle el principio de economía en el procedimiento administrativo, pues en la generalidad de leyes de procedimiento sólo se realiza la enunciación del principio de "economía" sin definir su contenido, como sucede con las leyes argentina (art. 7), hondureña (art. 19), venezolana (art. 30), uruguayana (art. 2) y mexicana (art. 13).

Sin más preámbulos, se transcribirá a continuación el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, regulatorio del principio de economía tratando de identificar en cada numeral su relación con el objeto de la investigación y si se trata de una manifestación de la eficacia, la eficiencia o la celeridad, o de varias de ellas.

Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: 1°. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones 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. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Este primer numeral del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 tiene una relación directa con el objeto de la presente investigación, en la medida en que es el fundamento legal que permite insistir en la idea de que la licitación pública, en tanto procedimiento de selección, sólo debe tener las etapas estrictamente necesarias para asegurar la selección objetiva del oferente. Ahora bien, desde un punto de vista más estricto, este numeral revela una preocupación por la celeridad del procedimiento, con base en la definición que de ésta se da en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011.

2°. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

Se repite en este numeral la exigencia de que los procedimientos contractuales, entre ellos la licitación pública, no estén cargados de trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos. Ahora bien, el problema que se advierte respecto al procedimiento de la licitación no es tanto que las entidades públicas “se inventen” etapas o requisitos no previstos en la ley o el

reglamento, sino que los que están previstos presentan duplicidades (tal es el caso de los medios de publicidad) o no atienden los fines de un procedimiento de selección (por ejemplo, el control sobre los pagos a la seguridad social). Al resaltar que las entidades no se deben valer de los requisitos de forma y que deben evitar proferir decisiones inhibitorias, se está apuntando a que se logre el fin de los procesos de selección: la adjudicación, celebración y ejecución del contrato. Esta preocupación por el logro de la finalidad es, sin duda, un componente del principio de la eficacia.

3°. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual y buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

Este numeral expresa, de cierta manera, la preocupación subyacente a esta investigación. Es decir, no se pretende hacer un examen del procedimiento de la licitación pública en Colombia y de sus etapas, bajo el entendimiento de que el procedimiento es un fin en sí mismo. Cuando en esta investigación se indaga por la necesidad o pertinencia de ciertas etapas de la licitación pública, se hace desde la convicción de que la licitación pública sirve a unos fines superiores, que desembocan en la satisfacción de necesidades colectivas. Por eso, todo esfuerzo de depuración o de decantación de ese procedimiento se traducirá en una mayor eficiencia y eficacia, y son precisamente estos dos principios los que se trata de hacer prevalecer en la norma contenida en este numeral.

“4°. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato”. Este numeral traduce preocupaciones en cuanto al principio de celeridad (economía en el tiempo) y el principio de eficiencia (medios y

gastos). En este punto es preciso observar que el legislador reitera que los trámites deben ser breves, poco costosos, con las etapas estrictamente necesarias, y prácticamente lo repite a lo largo de este artículo 25. Por eso es que no se entiende que el legislador colombiano, bajo el argumento de buscar una mayor transparencia, se haya olvidado de que la economía también es un principio de la contratación estatal, y no sólo eso: es un principio con unos contornos muy concretos. Mientras la transparencia se caracteriza por su diversidad de acepciones como se estudió en el capítulo anterior, el principio de economía tal y como aparece definido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se estructura con base en reglas muy precisas, casi de eficacia directa por el poco margen de interpretación que tienen.

“5°. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”. A decir verdad, este numeral no tiene una relación directa con el objeto de la presente investigación, pues regula la economía de trámites no en el procedimiento de selección, sino en la solución de controversias. En este sentido, se refiere más a la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos por parte de las entidades estatales.

“6°. Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”. Este numeral se refiere al soporte económico y financiero del proceso de selección y del futuro contrato. Es una concreción del principio de planeación en materia contractual, pero también, y en cuanto se refiere a los medios económicos, del principio de eficiencia.

7°. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

La norma contenida en este numeral busca evitar reprocesos o suspensiones durante el procedimiento de selección o, incluso, durante la ejecución del contrato. En efecto, si antes de iniciar el proceso de escogencia o de firmar el contrato, la entidad aún no ha decidido sobre su conveniencia o no ha obtenido las autorizaciones y aprobaciones, esto se traducirá la mayoría de las veces en demoras en el trámite (mientras la entidad rediseña el negocio u obtiene los requisitos que le están faltando para poder continuarlo). Ello comprometería la economía del procedimiento en sus medios (eficiencia), en su duración (celeridad) y muy posiblemente hasta en el fin (eficacia).

“8°. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este Estatuto”. Esta disposición, en su momento, implicó un avance muy significativo respecto a la regulación anterior (Decreto Ley 222 de 1983), el cual sí preveía la autorización o revisión de la adjudicación y celebración del contrato. Para el procedimiento de la licitación pública también ha sido positiva la eliminación de estas revisiones y aprobaciones previas, por lo cual, y de acuerdo con los objetivos de esta investigación, no se tiene ninguna objeción frente a este numeral del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

“9°. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento”. La norma contenida en este numeral continúa en la misma línea que la del

numeral anterior, porque para agilizar los procesos de contratación los vuelve un "asunto interno" de la entidad, es decir, que concierne a su jefe o representante legal y a las dependencias que de acuerdo con sus funciones y competencias deben intervenir. Para nada se menciona la injerencia de autoridades u organismos externos. También se resalta de esta disposición que a pesar de no utilizar los términos técnicos "delegación" o "desconcentración", sí tiene implícito un reparto de tareas al interior de la entidad en lo que atañe a la actividad contractual. Esa distribución de actividades, sea a través de la delegación o de la desconcentración, es desarrollo del principio de economía y favorece la celeridad del proceso, en tanto impide las demoras que podrían ocurrir si todos los procesos de contratación de la entidad tuvieran que ser tramitados por el jefe o representante legal.

10°. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente Ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta Ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

Como recién se explicó, la posibilidad que trae la Ley 80 de 1993 de delegar la facultad de celebrar contratos, favorece el principio de economía y la celeridad del proceso. De alguna manera se beneficia también la eficacia, porque normalmente con la delegación y la desconcentración, el fin de los procedimientos de selección se alcanza más rápidamente que si esas técnicas administrativas no pudieran utilizarse. "Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación" (Ley 80 de 1993, art., 25, núm., 11).

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o., y 313, numeral 3o., de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.

En este numeral se insiste en un caso de autorización previa que no fue establecido desde la ley de contratación, sino desde la misma Constitución Política. Esta autorización que otorgan los concejos municipales y las asambleas departamentales se ha entendido como una manifestación de los pesos y contrapesos que deben existir en el ejercicio de la función pública. Es pertinente aclarar que esta autorización no se tramita para cada proceso de selección o contrato estatal individualmente considerado, sino que se otorga, ya sea al iniciar el mandato del alcalde o gobernador, o anualmente, para cada vigencia fiscal.

Respecto a la intervención de las contralorías para ordenar que la adjudicación de una licitación pública se realice a través de audiencia pública, ésta ha devenido innecesaria en la práctica, en tanto la Ley 1150 de 2007 en su artículo 9 estableció que, en general, todo proceso de licitación se debe adjudicar obligatoriamente en audiencia pública.

“12°. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones”. La exigencia de los diseños y estudios no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

Respecto a este numeral 12 del artículo 25, lo primero que hay que decir es que el inciso segundo (en negrillas) fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. En segundo lugar, la disposición aquí contenida se ha entendido más como una concreción del principio de la planeación en la contratación estatal. No obstante, para el tema que se está tratando, se puede afirmar que una adecuada elaboración de estos documentos precontractuales redundaría naturalmente en la economía del proceso. Cada ajuste que se tiene que hacer sobre la marcha porque los pliegos están errados o porque los estudios y diseños no corresponden a la realidad, incide en la eficiencia del proceso porque se tiene que ocupar un mayor número de recursos (humanos, administrativos, logísticos) para lograr el mismo resultado (adjudicación, celebración y ejecución del contrato).

13°. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

Esta estipulación del numeral 13 está dirigida a la economía financiera del contrato, a asegurar que se cuente con los recursos necesarios para pagar las prestaciones u obligaciones que cumpla el contratista a favor de la entidad estatal. Es especialmente importante el estimativo de los ajustes con base en la actualización de precios, porque cuando este aspecto no es tenido en cuenta por la entidad pública, se puede afectar de modo más o menos considerable la economía del contrato. En efecto, si la entidad no prevé este mayor costo por reajuste de precios y no lo paga oportunamente al contratista, éste podrá argumentar el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Sobre esos valores no pagados se empezarán a generar intereses moratorios porque se trata de una suma de dinero que perteneciendo al contratista es retenida por la entidad estatal. Por este motivo, la regla contenida en este numeral, está diseñada

para salvaguardar la economía del contrato, evitando pagar más dinero por un mismo resultado o producto (eficiencia).

14°. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Esta norma tiene una finalidad similar a la del numeral anterior, y es que la entidad se anticipe a estas situaciones que puedan dar lugar al rompimiento del equilibrio económico y financiero de contrato, e incluya dentro de su presupuesto la apropiación necesaria para cubrir esas contingencias y así evitar la generación de intereses moratorios o una deuda mayor con el contratista. Por lo que ya se explicó, esto favorece la eficiencia del proceso de contratación.

15°. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Una aclaración previa: el segundo inciso de este numeral (negrillas) fue derogado expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Este numeral involucra elementos del principio de celeridad, al eliminar de los procesos de selección y de contratación todos aquellos obstáculos de índole formal y que, además, pueden incidir de modo negativo en la agilidad y rapidez de dichos procesos. Se propende, en fin, por la economía en los tiempos, e indirectamente por la adecuada utilización de los medios (eficiencia), porque todos esos sellos, autenticaciones, reconocimientos de firmas, traducciones, entre otros, implican unos mayores

costos para los oferentes y contratistas, costos que en últimas van a trasladarse a la entidad estatal contratante.

16°. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.

Consagra esta norma el denominado "silencio administrativo positivo" en materia contractual estatal. El profesor Brewer (2003) entiende que las normas sobre silencio administrativo guardan una estrecha relación con el principio de celeridad, porque a falta de una pronta respuesta por parte de la administración, el ordenamiento jurídico la suministra sea en sentido negativo o positivo. Esto proporciona agilidad en el procedimiento y garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia, porque sin las disposiciones sobre silencio administrativo la misma inactividad de la administración sería la estrategia para evitar ser demandada, pues no habría acto administrativo que demandar. La teoría del silencio administrativo sale al paso de esta dificultad y sustenta el surgimiento de actos administrativos presuntos o fictos que pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

17°. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

Las reglas contenidas en este numeral, en la medida en que buscan remover los obstáculos meramente formales, constituyen manifestación de la celeridad que ya se ha explicado en

repetidas oportunidades. En este punto, se considera pertinente insistir en que el principio de la economía, tal y como es entendido y regulado en el campo de la contratación estatal, comprende otros principios del procedimiento administrativo: la eficiencia, la eficacia y la celeridad, de modo que existen unas interrelaciones muy fuertes y marcadas entre ellos.

18°. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

Esta regla está dirigida primordialmente a darle aplicación al principio de eficacia, es decir, lograr el fin propuesto con el procedimiento de selección o de contratación. Para lograr la eficacia, las entidades deben tratar de remover todos los obstáculos para poder evitar, en el mayor número de casos posibles, las decisiones inhibitorias. Si bien es cierto que una declaratoria de desierta no equivale exactamente a una decisión inhibitoria, pues en ésta no se toma ninguna decisión mientras que en aquélla sí, con la declaratoria de desierta tampoco se cumple con el fin de los procesos de selección que es, precisamente, la escogencia de la oferta más favorable de acuerdo con los parámetros fijados por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

En fin, durante un proceso de selección, por ejemplo la licitación pública, pueden suceder muchas cosas, pero una de las más catastróficas es que se tenga que declarar desierto. Ello repercute en todos los componentes del principio de economía (eficiencia, eficacia, celeridad), porque se invirtió una serie de recursos financieros, técnicos, humanos, logísticos, administrativos, sin que se hubiese logrado el fin propuesto. En pocas palabras: una declaratoria

de desierta se traduce en una pérdida de tiempo y dinero, y en la necesidad de iniciar nuevamente el proceso de selección.

En cuanto al numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, sólo cabe comentar que fue derogado en su totalidad y expresamente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

20°. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

Por último, la disposición del numeral 20 faculta a las entidades estatales para que acudan a la fiducia u otra forma de manejo de los recursos que permita su administración eficiente. Se trata de sacarle el máximo provecho a los recursos públicos, de por sí escasos, con miras a obtener beneficios y ventajas financieras y de ese modo garantizar que los pagos al contratista sean oportunos. Como ya se mencionó más arriba, cuando la entidad no paga oportunamente se generan a favor del contratista intereses moratorios, lo cual va en contra de la economía general del contrato.

6.2. Los procesos contractuales de invitación pública de mínima cuantía

Los términos en el proceso de la contratación estatal en Colombia, especialmente los de mínima cuantía, son más bien cortos que los que se establecen para las otras modalidades de selección y la invitación, obviamente, debe ser publicada, por lo menos, un día hábil. La idea es

que se seleccione y contrate a las personas naturales o jurídicas, consorcios o uniones temporales idóneas para que realicen o ejecuten el objeto del contrato.

6.2.1. Generalidades de la licitación pública

Uno de los aspectos que diferencia de forma más tajante la contratación estatal y la contratación privada es el relacionado con los procedimientos de selección. Mientras que en el ámbito del derecho privado rige el principio de la autonomía de la voluntad que permite la libre elección del co-contratante, en la contratación estatal, por razones de transparencia y de moralidad administrativa, no se permite en la mayoría de los casos esa libertad de elección. En efecto, se ha considerado por parte de la doctrina generalizada que si los administradores públicos contaran de modo general con la potestad de elegir a los contratistas, la contratación del Estado se convertiría en un medio más para lograr favorecimientos, fomentar el nepotismo y pagar prebendas políticas.

Así pues, con la pretensión de que el patrimonio del Estado que se ejecuta por medio de la contratación, no termine favoreciendo a unos pocos en detrimento del interés general, se ha considerado de especial importancia el establecimiento de unos procedimientos de selección de los contratistas del Estado que garanticen que esa elección estará fundada en criterios objetivos, tales como el precio ofrecido, la experiencia, la capacidad financiera, entre otros, y no en factores subjetivos o de interés. Para el caso colombiano, la Ley 80 de 1993 estableció como procedimientos de selección la licitación o concurso público, la contratación directa y la subasta o martillo. La Ley 1150 de 2007 trae los siguientes: licitación pública, concurso de méritos, contratación directa y selección abreviada.

Es importante destacar que en ambas regulaciones, la licitación pública es el procedimiento que se debe aplicar por regla general. Sin embargo, hay lugar a la aplicación de la licitación pública cuando el supuesto de contratación no se enmarca en algún otro proceso de selección. Así por ejemplo, si la cuantía del contrato faculta a la entidad pública para realizar una selección abreviada, ésta podrá válidamente acudir a este procedimiento. Es decir, a pesar de que la licitación pública esté consagrada como regla general de los procedimientos de selección, sólo aplicará de forma residual, si el supuesto concreto no puede tramitarse mediante otro procedimiento.

Se debe aclarar desde ya que la licitación pública no es un procedimiento de selección exclusivo del ordenamiento jurídico colombiano. Existe de modo general en los países con tradición de derecho continental europeo. Sin embargo, cada ordenamiento la ha ido moldeando y regulando a la medida de sus propias necesidades, pero en general, parece existir un consenso acerca de las ventajas de este procedimiento de selección, en la medida en que ofrece mayor publicidad y libre concurrencia por parte de los particulares interesados en contratar con el Estado.

Así por ejemplo, en cuanto a la definición de la licitación, expone Sayagués (2005):

La licitación puede definirse como un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos

principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones (p. 1).

Es ésta una definición bastante analítica, aunque expresa bien las características esenciales de la cosa definida.

Respeto de las ventajas del procedimiento licitatorio, expone el mismo autor que:

Puesto que el procedimiento de la licitación ha sido aceptado en la casi unanimidad de los países, es natural creer en sus ventajas frente a las otras formas de contratación; y así es, en efecto.

Con la licitación se busca ante todo sanear la Administración, evitando colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requiere el funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados. Puesto que la Administración está obligada a adjudicar la licitación al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros.

Además, provocando la concurrencia entre los interesados en celebrar el contrato, obliga a éstos a reducir los precios al mínimo posible. Se evita, así, que por favoritismo, interés o retribuciones pecuniarias, se formalicen contratos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado. También se facilita el contralor, pues los propios licitantes, fuertemente interesados en conseguir el suministro, fiscalizarán la conducta de los administradores, reclamando ante quien corresponda, en caso de cometerse irregularidades. Y de esta manera se consigue también librar de toda sospecha el proceder de los funcionarios administrativos (Sayagues, 2005, p. 1).

Pero del mismo modo que a la licitación pública se le reconocen aspectos positivos, descritos por Sayagués (2005), así también se ponen de manifiesto sus desventajas, puesto que el peligro de maniobras fraudulentas o corruptas durante la selección, no logra descartarse del todo:

Pero no todas son ventajas en las licitaciones; presentan también inconvenientes. Aun mismo las ventajas enunciadas son menos claras que a primera vista.

Es cierto que formalizándose el contrato por licitación, se hace difícil el concierto con los particulares y la elección de propuestas inconvenientes. Pero aun cuando el procedimiento de las licitaciones esté bien reglamentado, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas.

Además, no siempre la concurrencia produce una baja en los precios, sino por el contrario, un alza en las cotizaciones, al conocer los interesados las necesidades de la Administración. Puede ocurrir, también, dentro de este orden de inconvenientes, que se presente a la Administración una propuesta de ocasión, sumamente ventajosa, que deba dejarse perder por causa del tiempo que demandan los trámites de toda licitación y no estar el proponente en condiciones de esperar.

Hay que considerar también, y este argumento sólo tiene fuerza respecto de los organismos públicos industriales o comerciales, que compiten con empresas privadas, que la publicidad inherente a toda licitación permite a éstas conocer los costos de adquisición de aquéllos, colocándolas en situación de evidente superioridad en la lucha por la conquista del mercado. Pero de cualquier modo, el saldo que queda a favor de este requisito es de tal importancia, que en casi todos los países ha sido aceptado en mayor o menor grado. Pero “es útil recordar sus inconvenientes, para tratar de salvarlos en lo posible, con una legislación flexible, no demasiado rígida, capaz de adaptarse a las distintas actividades del Estado (p. 3).

El profesor argentino Cassagne (1999) también va a reconocer el protagonismo de la licitación pública como procedimiento general de selección de los contratistas del Estado, vinculando además a la definición de la misma, principios tradicionales de la contratación administrativa:

La selección del contratante privado encuentra, en la “licitación pública”, el cauce general de la contratación administrativa que se configura, básicamente, como un procedimiento por el cual mediante una convocatoria o llamado a los eventuales interesados para que formulen sus propuestas con arreglo a un pliego de condiciones, la Administración proceda a elegir o aceptar la que resulte más conveniente.

Se trata de un género que comprende varias especies las cuales tienen en común la limitación de la discrecionalidad sobre la base de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad. Así, la selección puede llevarse a cabo: (i) en función del precio u otras condiciones económicas, (ii) por un sistema que atribuya distinto puntaje a los antecedentes y a la oferta económica, o bien (iii) por el procedimiento llamado de doble sobre, donde en el primero de ellos, se presentan los antecedentes técnicos, empresarios, etcétera, y, en el segundo, la propuesta económica. Este último procedimiento, seguido en nuestro país en la mayoría de las privatizaciones de los servicios públicos, se denominaba también, en el derecho español, “concurso subasta” e implica un mayor grado de transparencia frente a otros, que se prestan a combinaciones tendientes muchas veces a favorecer a determinado oferente (p. 45).

En el ordenamiento jurídico colombiano sólo existe un tipo de licitación: la licitación pública. Pero en otros países al lado de esta modalidad de licitación, existe la licitación privada. Ambas se distinguen básicamente por sus destinatarios: mientras en la licitación pública la convocatoria es

abierta y pueden presentarse todos aquellos que cumplan con las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones, en la licitación privada sólo pueden presentarse quienes hayan sido invitados previamente por la administración:

La principal diferencia entre la licitación pública y la licitación privada radica en que en esta última no se procede a formular un llamado o convocatoria a los interesados sino que, en tal caso, la Administración decide invitar a determinadas personas a fin de que formulen ofertas en base a un pliego de condiciones previamente elaborado (Cassagne, 1999, p. 46).

A lo anterior habría que sumarle que, indudablemente, en todos los demás actos del procedimiento de selección de una licitación privada se deben aplicar los principios y normas que rigen la licitación pública, aplicación que se realiza de manera supletoria, lo que distingue esta forma de elegir al contratista de la denominada contratación directa.

6.2.2. Proceso licitatorio de mínima cuantía

De conformidad con el Artículo 2.2.1.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 (derogatorio del Decreto 1510 de 2013), el proceso licitatorio de mínima cuantía debe partir de una serie de estudios previos a cargo de la entidad estatal; dichos estudios deben contener los siguientes elementos:

1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.
3. Las condiciones técnicas exigidas.
4. El valor estimado del contrato y su justificación.
5. El plazo de ejecución del contrato.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

De manera específica, el artículo 2.2.1.2.1.5.2. hace referencia al procedimiento para la contratación de mínima cuantía, en donde se estipulan las reglas aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal, independientemente de su objeto:

1. La entidad estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

2. La entidad estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la entidad estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.

3. La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la entidad estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

4. La entidad estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la entidad estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

5. La entidad estatal debe publicar el informe de evaluación durante un (1) día hábil.

6. La entidad estatal debe aceptar la oferta de menor precio, siempre que cumpla con las condiciones establecidas en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía. En la aceptación de la oferta, la entidad estatal debe informar al contratista el nombre del supervisor del contrato.

6. (Sic) En caso de empate, la entidad estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

7. La oferta y su aceptación constituyen el contrato.

Respecto a la adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía, el artículo 2.2.1.2.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015 establece que aquellas entidades estatales que pretendan adquirir bienes hasta por el monto de su mínima cuantía en grandes superficies, deben aplicar las siguientes reglas:

1. La invitación debe estar dirigida a por lo menos dos (2) Grandes Superficies y debe contener: a) la descripción técnica, detallada y completa del bien, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios; b) la forma de pago; c) el lugar de entrega; d) el plazo para la entrega de la cotización que debe ser de un (1) día hábil; e) la forma y el lugar de presentación de la cotización, y e) la disponibilidad presupuestal.

2. La entidad estatal debe evaluar las cotizaciones presentadas y seleccionar a quien, con las condiciones requeridas, ofrezca el menor precio del mercado y aceptar la mejor oferta.
3. En caso de empate, la entidad estatal aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.
4. La oferta y su aceptación constituyen el contrato.

Respecto a las garantías, el Artículo 2.2.1.2.1.5.4. del Decreto en comento determina que la entidad estatal es libre de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía y en la adquisición en grandes superficies.

6.3. Implicaciones legales del incumplimiento de los principios de economía y transparencia en los procesos de licitación pública de mínima cuantía

Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda en el interés general, el cual tiene como fines esenciales servir a la comunidad, promover la prosperidad general, entre otros.

Para lograr esto, la administración pública, en ejercicio de sus funciones, debe desarrollar múltiples actividades, muchas de las cuales no pueden desarrollar sus agentes. Por esto, en ocasiones, la administración pública tiene que recurrir a un tercero que desarrolle esas actividades a su nombre mediante la figura que llamamos contratación.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, la contratación es una figura por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Una de esas partes es, precisamente, el Estado, por lo cual se define al contrato como estatal. “Por regla general adquieren este

carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico” (Consejo de Estado, 1998, Expediente 14202).

También en el marco de los procesos licitatorios de mínima cuantía se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, que por mandato del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 es el fin de un contrato estatal. Aún más, la contratación estatal tiene una visión global. Éste no es solamente un tema jurídico, es ante todo un inmenso asunto económico. La contratación administrativa bien entendida y bien diseñada debe convertirse en una política de Estado para acelerar el crecimiento económico.

El Conpes, en reunión del 31 de julio de 2002, aprobó el documento “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, donde se muestra claramente la importancia de la contratación estatal como ejercicio de la función pública para lograr los fines estatales. Plantea el informe que 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, como medio para la provisión de bienes públicos y para el logro de los fines estatales.

La contratación es una de las actividades que más desarrolla la administración pública y las cifras son contundentes: “durante la década de los noventa la contratación del Estado ha representado en promedio anual un 16% del P.I.B.” (Restrepo, 2002, p. 19).

La contratación estatal, en cumplimiento de una función pública, se utiliza como la principal herramienta para garantizar la efectiva consolidación del aparato estatal en tanto ella represente un bienestar general.

En este sentido, la contratación estatal constituye una clara manifestación de la administración pública en ejercicio de su función, que desde luego está subordinada a la ley.

Se indicaba anteriormente que dentro del contexto de un Estado Social de Derecho el fin último del Estado es el interés general. Así se desprende de los artículos 1º y 2º de la Carta Constitucional al establecer como fundamento y fines del Estado el interés general, servir a la comunidad y promover la prosperidad general respectivamente.

Toda actividad administrativa, y en especial la contratación estatal, debe ir íntimamente ligada a lo estipulado en las normas y así lo ha entendido la Corte Constitucional al indicar que “la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian todas las disposiciones previstas en la Constitución” (Corte Constitucional, 1992).

El Estatuto Contractual, en su artículo 3º, estipula que los servidores públicos que realicen actos de contratación en ejercicio de sus funciones deben tener muy presente “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 (...)”, enunciación que al aplicarse al ámbito contractual significa que todos los contratos estatales deben “estar encaminados a la satisfacción

y a la protección del interés general. Así las cosas, la causa o motivo de la contratación administrativa debe ser siempre la atención de un servicio público orientado a la satisfacción del interés general” (Rico, 2000, p. 34). Lo es porque, como lo expresa la Corte Constitucional:

Según el sistema jurídico que gobierna la organización y funcionamiento estatales, constituyen deberes esenciales de la administración pública en general y, desde luego de los funcionarios públicos, a través de los cuales actúa, cumplir los cometidos que constituyen los objetos de su actividad y las responsabilidades subsumidas en sus atribuciones, lo cual conlleva necesariamente el ineludible deber de preservar los derechos que para las entidades públicas emergen con motivo de las operaciones contractuales, que se vinculan necesariamente con la defensa del patrimonio público (Corte Constitucional, 1996).

Así pues, la contratación de mínima cuantía, como los contratos administrativos y actividad administrativa, tienen una finalidad específica y concreta distinta a la de los contratos privados, que es la satisfacción y la obtención del interés general, “siendo esa finalidad, precisamente, la que les da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que les son específicos” (Escola, 1989, p. 160).

Sin embargo, cabe aclarar que no es necesario que el contrato y el interés general tengan una relación directa e inmediata, basta que sea indirecta o mediata. Lo que realmente importa es que se dé el vínculo entre contrato e interés general y para tal efecto se requiere hacer un análisis en cada caso concreto de las motivaciones y fundamentos para determinar un interés general en un contrato. Lo importante es que se trate de elementos necesarios para el cumplimiento de las atribuciones estatales, de esta manera se habrá cumplido con la finalidad propuesta.

En caso de que un determinado contrato administrativo de mínima cuantía no cumpla lo estatuido en el citado artículo 3° de la Ley 80 de 1993, jurídicamente estará viciado de nulidad

por causa ilícita e iría en contravía de los principios de economía y transparencia. Si el interés general es la causa del contrato estatal y esta causa no está inmersa en él, pues jurídicamente no habrá otro camino que la nulidad, esto por cuanto, desde el punto de vista negocial, el artículo 1524 C.C. prescribe que no puede haber obligación sin causa real y lícita, es decir, para que el contrato sea válido debe tener una causa lícita, esto es, un interés general.

Sobre la causa en el contrato administrativo Díez (1967) opina que “en los contratos administrativos la causa del órgano administrativo será el propósito de interés público, que debe guiar la actividad de la administración” (p. 89). En el mismo sentido se ha expresado Sánchez (1991) cuando afirma que “uno de los límites de la autonomía de la voluntad administrativa es el interés general que determina también la potestad contractual de la administración, porque donde desaparezca la necesidad de la comunidad, desaparece la finalidad y causa del contrato” (Díez, 1967, p. 95).

Es de estirpe constitucional y de la esencia de los contratos administrativos la finalidad del interés general, por lo mismo, aunque haya ausencia de una norma expresa que lo indique no puede dejarse de lado tan fundamental característica, ni ser argumento válido para justificar una contratación que no busque realizar los fines del Estado.

Pero como no se puede olvidar que toda regla tiene muchas excepciones, contrario al interés general como causa del contrato administrativo, se encuentran intereses particulares que se traducen en un fenómeno social y jurídicamente reprochable como lo es la corrupción, la cual implica el aprovechamiento del poder público para obtener beneficios privados.

Se ha hecho evidente que la corrupción no se limita sólo a un intercambio entre agentes dentro del sector público para beneficio propio, sino que involucra también aquellas transacciones ilícitas entre los particulares y el sector público que benefician a las dos partes, generando pérdidas económicas y sociales para el resto de la sociedad, así como un preocupante deterioro ético.

De acuerdo a investigaciones adelantadas por el Banco Mundial, según señalan Chhibber et al. (1997), el área más afectada por la corrupción es la de la contratación administrativa: tanto la liquidación, adjudicación y firma del contrato.

La corrupción en la contratación estatal es identificada como el principal factor de ineficiencia y malos manejos de los recursos públicos. Según datos de la Universidad Externado de Colombia, “en promedio, el 13 por ciento del valor de un contrato se destina al soborno o las ‘mordidas’, un equivalente a 3,9 billones de pesos” (Semana, 2011), esto quiere decir, que parte del gasto en contratación se desvía a actos de corrupción. Frente a esta problemática, la lucha contra la corrupción en la contratación estatal debe tener como ingredientes un sistema de controles más efectivo de los que existen y quizás lo más importante, que los servidores públicos que ejercen la contratación se comprometan con el bienestar de la colectividad general. Se requiere además despolitizar y fortalecer el servicio público, asegurar el acceso a él de personas suficientemente capacitadas y fortalecer los instrumentos existentes que permiten la salida rápida de los funcionarios corruptos.

De esta forma, cualquier contrato estatal que no lleve inmerso el interés general será un acto de corrupción, razón por la cual la contratación estatal debe estar sometida a unos límites, controles y sanciones para los funcionarios y entidades que se desborden de los lineamientos legales trazados para el desarrollo de esta actividad.

Finalmente, en la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se señala la necesidad de transparencia en contratación de menor cuantía, la cual, según el artículo 94 de la disposición en comentario, estipula que se debe publicar una invitación, en un término no inferior a un día hábil, en la cual se debe quedar claro el objeto del contrato, el presupuesto destinado para éste y las condiciones técnicas exigidas.

7. CONCLUSIONES

Según se desprende de la presente investigación, existe una tensión entre los principios de transparencia y de economía en el procedimiento de la licitación pública de mínima cuantía en Colombia. Mientras que el principio de economía indica que los procedimientos deben ser ágiles, eficientes, eficaces y tener las etapas estrictamente necesarias para cumplir su finalidad, la preocupación por la transparencia y la “lucha anticorrupción” han hecho que se agreguen etapas y requisitos a la licitación pública que hacen que este procedimiento de selección de contratistas sea cada vez más complejo. Tal es el caso de las mayores exigencias de publicidad, del aumento del número de audiencias que deben realizarse y la utilización del procedimiento de selección para controlar evasión de recursos, disposiciones éstas contenidas y desarrolladas desde la normativa más antigua (Ley 80 de 1993) hasta la más reciente (Decreto 1082 de 2015).

Sin embargo, como se estudió durante la investigación, la total transparencia no existe y aún en los regímenes democráticos existe una mayor o menor opacidad. Además, la transparencia involucra variables no solamente normativas u organizacionales, sino de la propia condición humana. Según la teoría de las organizaciones, los individuos no podrían ser totalmente transparentes aunque lo quisieran. En este sentido, el argumento de la transparencia no puede seguir siendo una figura doctrinal que se utilice por parte del gobierno o del legislador cada vez que quiera agregar más medidas de control a la contratación estatal, especialmente a la licitación pública.

Aunque no es de olvidar que el principio de economía que se aplica a la contratación estatal en Colombia existe ciertos procesos de selección que deben ser observados únicamente en las etapas estrictamente necesarias con el propósito de asegurar una selección objetiva de la propuesta más favorable para la administración; ello significa entonces que los términos de la licitación pública son preclusivos y perentorios y las autoridades correspondientes tienen la obligación de impulsar oficiosamente a las actuaciones. Precisamente, es bajo este criterio que las entidades públicas tienen el deber de efectuar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, frenando así las dilaciones y las demoras.

De esta forma, los principios de economía y transparencia en la contratación estatal exige que cuando se llegue el momento de hacer la adjudicación ya se hayan verificado previamente, y si corresponde, debidamente saneado, todas y cada una de las condiciones requeridas para contratar con el Estado; es por ello que la norma es clara, pues ésta determina que la entidad puede solicitar a los oferentes para que cumplan con todos los requisitos, así en el pliego de condiciones no se establezca un plazo para el saneamiento, y estos, a su vez, deben cumplir con lo requerido dentro del tiempo señalado, so pena de que la oferta sea rechazada.

La transparencia es un concepto y una práctica que genera tensiones organizativas en su implementación. Es costosa, requiere de ajustes constantes y vigilancia permanente, y lo más importante para efectos de la presente investigación: puede reducir la eficiencia en el corto plazo con la esperanza, nunca la certeza, de aumentarla en el largo. De igual modo puede generar círculos viciosos de vigilancia y control.

Las licitaciones públicas y la forma como se diseñan afectan significativamente el ejercicio de algunas de las actividades sujetas a este tipo de procesos que son, aparentemente, competitivos y son un elemento clave para restarle transparencia a la función pública. La manera en que las entidades públicas que otorgan contratos a través de sistemas competitivos usan el esquema de las licitaciones para ofrecerles ventajas a ciertos contratistas, para eliminar a otros o para no favorecer a ninguno, lo que se convierte en un asunto clave de la transparencia de la gestión pública y determina, en cierta medida, el nivel de corrupción y la eficiencia en las que están desarrolladas algunas actividades económicas.

Es posible que todas las políticas de transparencia y economía en la contratación estatal colombiana no obedezcan a una preocupación por la mayor participación ciudadana o control de los administrados frente a la gestión de las entidades estatales, sino a intereses económicos muy precisos. A este respecto, vale la pena mencionar que uno de los puntos que más se critican del sistema de contratación pública del país es que incentiva a las empresas para que se esmeren fundamentalmente en los aspectos legales más que en los técnicos, lo cual promueve el incumplimiento de los requisitos en los que inicialmente se otorgan los contratos, convirtiendo la falta de escrúpulos en ventaja comparativa.

De igual manera, se ha observado que los contratos se usan para fortalecer roscas políticas o para pagar favores, lo que conduce, por lo general, a la mala calidad de las obras, además de la ineficiencia de la inversión pública. Es más, la posibilidad de que se pueda cambiar el objeto de los contratos después de haber sido ya adjudicado se presta para todo tipo de arreglos, convirtiéndose ello en uno de las peores fallas del sistema de contratación pública en Colombia.

Finalmente, en lo que respecta al procedimiento de licitación pública de mínima cuantía en Colombia, las reformas a nivel legal y reglamentario no se han ocupado de realizar un verdadero rediseño de la licitación, sino que se han limitado a agregar etapas y requisitos sin reparar en las duplicidades que se producen entre unas y otros, ni en el impacto que ello tiene sobre el principio de economía. Esto es especialmente grave no sólo por la propia licitación pública, sino porque los procesos de selección, en general, tienden a ser cada vez más públicos y abiertos, es decir, a tomar como modelo perfecto de procedimiento de selección a la licitación pública. La presente investigación brinda algunos argumentos para negar esa perfección y, por el contrario, señalar aspectos que aún son susceptibles de reformulación y mejora.

REFERENCIAS

- Arroyave F., J. (2015). *ABCES sobre contratación pública o estatal*. Recuperado de file:///C:/Users/USER/Downloads/ABCES_Contratacion_Publica_o_Estatal.pdf
- Betancur J., C. (1994). *Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Brewer C., A. (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Cassagne, J. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chhibber, A., Commander, S., Evans, A., Fuhr, H., Kane, C., Leechor, C., Levy, B. Pradhan, S. y Weder, B. (1997). *Informe sobre el desarrollo mundial 1997 - el Estado en un mundo en transformación*. Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150, julio 16, 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 la contratación con recursos públicos*. Legislación, 111(1316), 89-104.

Consejo de Estado. (1998). *Auto de agosto 20. Expediente 14202*. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado. (2001). *Sentencia del 19 de julio. Rad. 12037*. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-449*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-154*. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-949*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Dávila V., L. (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.

Díez, M. M. (1967). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Escola J., H. J. (1989). *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*. Buenos Aires: De Palma.

Expósito V., J. (2003). *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fandiño G., J. E. (2009). *Régimen jurídico del contrato estatal*. Bogotá: Leyer.

Gómez V., J. M. (2002). *Manual de procedimiento de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.

Gorbaneff, Y. y Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho*, (31), 67-91.

Gobernación de Antioquia. (2014). *Manual de contratación pública*. Recuperado de http://antioquia.gov.co/PDF2/2014-01-02_Manual_de_Contratacion.pdf

Gómez L., I. (2010). *Contratación segura: estudio normativo compilatorio de la contratación estatal*. Bogotá: Instituto Seguridad Jurídica y Probidad.

Gómez L., I. (2011). *Contratación visible: manual para un buen control de recursos en la contratación pública*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Gómez P., C. A. (2007). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guarín G., L. H. (2013). *Vacíos en los procesos de contratación pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Jiménez R., M. (2008). *Principio de transparencia, base de la contratación estatal colombiana*. Chía (Cundinamarca): Universidad de La Sabana.

Lara A., C. (2013). Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción. *En Contexto. Revista de Investigación en Administración, Contabilidad y Sociedad*, (1), 37-65.

Martínez H., D., y González S., E. (2014). *El principio de transparencia en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Matallana, E. (2005). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Márquez B., O. (2007). La nueva gestión pública contractual: del contrato estatal de Ley 80 de 1993 al instrumento de gestión pública de Ley 1150 de 2007. *Jurídicas*, 4(2), 95-125.

Molano L., M. (2010). *Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés*. Bogotá: Nueva Jurídica.

Morales R., D. (2012). *Régimen de la contratación estatal anotado*. Bogotá: Leyer.

Ospina A., J. (2009). *Nuevos aspectos normativos de la contratación estatal: un estudio a partir de la reforma introducida por la ley 1150 de 2007*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Palacio H., J. (2005). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Palacio H., J. (2008). *La transparencia en la contratación del Estado*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Pino R., J. (2010). *Contratación estatal*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

Portafolio. (2009). *La transparencia de las licitaciones*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/columnistas/la-transparencia-las-licitaciones>

Ramírez G., J. (1990). *El Contrato Administrativo. Monografías Jurídicas*. Bogotá: Editorial Temis.

Ramírez V., C. A. (2007). *El principio del non bis in ídem y su incidencia en el derecho penal y disciplinario colombiano*. Bogotá: Ramírez

Ramos A., J. (2012). *Contratación estatal: teoría general y especial*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.

Restrepo, J. C. (2002). *Hacia una nueva política de contratación pública*. Bogotá: Legis.

Rico P., L. A. (2000). *Teoría y práctica de la contratación administrativa*. Bogotá: Leyer.

Ríos V., C. (2005). *El principio de transparencia y selección objetiva en el contrato de obra. Investigación aplicada al municipio de Bucaramanga*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Sabogal H., A. (1996). *Procesos de selección del contratista. Régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio G., J. (2004). *Tratado de derecho administrativo. Contratación Indevida*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sayagués L., E. (2005). *La Licitación Pública*. Buenos Aires: Euros Editores.

Semana. (2011). *Cinco razones por las que la corrupción no para de crecer*. Disponible en [http://www.semana.com/nacion/articulo/cinco-razones-corrupcion-no-para-crecer/242988-](http://www.semana.com/nacion/articulo/cinco-razones-corrupcion-no-para-crecer/242988-3)

3

Senado de la República. (2005). *Proyecto de Ley 20, 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 la contratación con recursos públicos*. Exposición de motivos.

Solano S., J. (1993). *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Suárez B., G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis.

Suárez T., D. (1994). *Panorámica del estatuto general de contratación de la administración pública. Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Valdés P., J. (2012). *Sobrepuestos en la contratación estatal*. Bogotá: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.