

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 11

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

CAMILO ANDRÉS CARVAJAL HERNÁNDEZ
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: camilocarvajal1117@hotmail.com

GABRIEL CAMILO RODRÍGUEZ ZAPATA
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: gabocamilo@hotmail.com

DANIEL URIBE MESA
 Institución Universitaria de Envigado
 E-mail: Daniel.924@hotmail.com

2015

Resumen: En el presente artículo se busca establecer la aplicación del principio de transparencia en la contratación estatal en el ordenamiento jurídico Colombiano; para ello, se parte de una identificación de los antecedentes históricos y normativos del principio de transparencia desde sus inicios hasta la actualidad; de igual manera, se analizan los elementos de interpretación del principio de transparencia; y por último, se determinan los distintos momentos, características y problemáticas que se presentan en el Contrato Estatal. Desde esta óptica, el objetivo central de este escrito se funda en establecer la aplicación del principio de transparencia en la contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano. También es pertinente, entre otras cosas, ya que al haber notado la multiplicidad de criterios existentes en cuanto a esta discusión, se ha optado en este estudio por poner sobre la mesa los elementos que permitan al lector dilucidar la relevancia jurídica que posee el principio de transparencia en la contratación estatal, pero yendo más allá, inclusive se pretende brindar herramientas al operador jurídico para que afronte con un manejo adecuado del discurso los procesos de contratación estatal.

Palabras claves: *principio de transparencia – contratación estatal – norma jurídica – Interpretación normativa – contratista.*

Abstract: This article seeks to establish the principle of transparency in government procurement in the social status of Colombian law; for this, it is part of an identification of historical and normative principle of transparency from its beginnings to the present record; similarly, on the interpretation of the principle of transparency are analyzed; and finally, different times, characteristics and problems that arise in the State Contract are determined. From this perspective, the main objective of this paper is based on establishing the principle of transparency in government procurement in the social status of Colombian law. It is also relevant, inter alia, as to have noticed the multiplicity of criteria for this discussion, it was decided in this study to try to put on the table the elements that allow the reader to establish the legal relevance that has you start transparency in government procurement, but going beyond, including tools is to provide the legal operator for proper management confronts a speech state contracting processes

Keywords: *transparency principle - government procurement - legal rule - Interpretation regulations - contractor*

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 11

INTRODUCCIÓN

La ley 80 de 1993 establece el principio de la transparencia como uno de los principios bases de la contratación estatal, toda vez que no solamente es la intención de verterlo en un estatuto jurídico sino a su vez hacer un juicio axiológico que permita esclarecer o mostrar la realidad de dicho principio.

Desde esta óptica, el objetivo central de este escrito se funda en establecer la aplicabilidad, los alcances y fundamentos del principio de la transparencia en la contratación estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, también es pertinente, entre otras cosas entrañar en dicho tema, toda vez que nos va a permitir dilucidar una óptica jurídica y sociológica del verdadero rol que

juega este principio dentro de la moralidad en el contexto social colombiano.

Por último, vale destacar que para el desarrollo de la indagación se propone una metodología de tipo socio-jurídica, pues pretende realizar valoraciones sobre una problemática específica, empleando para ello el lenguaje jurídico oportuno, teniendo de presente la ley 80 de 1993 y en su particularidad el principio de transparencia.

1. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION ESTATAL.

1.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA

Dentro del desarrollo normativo que ha tenido la contratación estatal, encontramos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 11

que antes de ser expedido el Estatuto General de la Contratación Pública ley 80 de 1993, este tema se encontraba regulado por el decreto 222 de 1983. Este decreto era de una naturaleza más operativa y un poco precario, comparándolo con el completo desarrollo que ha tenido la ley 80 de 1993, así como la ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias que han venido integrando la normatividad de la contratación estatal.

Hasta la expedición de la ley 80 de 1993 es que se empieza a hablar de principios que rigen la contratación pública y aunque ni la ley 80 de 1993 ni a la ley 1150 de 2007 definieron que es transparencia, por lo tanto sólo resta por indagar que actuaciones administrativas se consideran transparentes en las dos normas en mención. El artículo 32 de la ley 1150 derogó el numeral I del artículo 24 de la ley 80 de 1993 que a su letra

establecía: la escogencia del contratista se efectuara siempre a través de licitación pública o concurso público, salvo en los siguientes casos que se podrá contratar directamente: (...)

Dicho numeral regulaba el contenido orientador de uno de los principios de la contratación estatal como era el principio de transparencia.

El principio de transparencia es retomado nuevamente en la ley 1150 de 2007 en el numeral I del artículo 2. En los siguientes términos: “licitación pública: La escogencia del contratista se efectuara por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 11

1.2 EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION ESTATAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

De acuerdo con ESCOBAR (1999). Es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos establecidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que la administración pública requiera para el cumplimiento de sus fines (art. 3 ley 80 de 1993). Se busca por lo tanto que se presente el mayor número de oferentes e impedir que haya colusión entre los mismos. Este principio es el desarrollo del derecho a la igualdad, en donde todos los ciudadanos tienen el derecho al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el estado, por lo tanto, se impone una

prohibición al Estado de establecer reglas restrictivas que no estén plenamente justificadas por el interés general. A mayor número de oferentes, mayores posibilidades del Estado de obtener la oferta más conveniente para la administración.

Si bien la administración está autorizada para definir los requisitos de quienes pueden ofrecer los bienes y servicios, ello no quiere decir que también este autorizada para limitar el acceso de aquellos que también podrían prestar los bienes y servicios que el Estado requiera, dado que en este caso habría una violación del procedimiento licitatorio. Finaliza el autor señalando que una consecuencia lógica de la libertad de concurrencia es que la administración adjudique de manera *obligatoria* el contrato salvo que se presenten las causales para declarar desierta la licitación.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 11

Este principio se encuentra asociado al de libertad de concurrencia, pues la administración, de acuerdo con lo expuesto por MARIENHOFF (2006), tiene la obligación de poner en conocimiento el contenido de la licitación a los futuros licitantes, ya que de no hacerlo no se puede garantizar su asistencia.

Como desarrollo del principio de transparencia observamos que también en relación a este se ve reflejado el principio de la publicidad. Es por eso que para RODRIGO ESCOBAR (1999). La publicidad se garantiza cuando la entidad utiliza los medios de comunicación idóneos para conocer la apertura de la licitación para los oferentes, además teniendo en cuenta que se deben seguir una convocatoria para el proceso de selección:

1. Comunicación a cámara de comercio (decreto 1082 de 2015).
2. Publicación de los proyectos de pliegos de condiciones (artículo 8 de la ley 1150 de 2007, decreto 1082 de 2015).
3. Publicación de hasta tres avisos en diario de amplia circulación nacional de 10 a 20 días anteriores a la apertura de la licitación (numeral 3 artículo 30 de la ley 80 de 1993)
4. Publicación de los pliegos de condiciones definitivos (decreto 1082 de 2015).
5. Realizar la audiencia de aclaraciones en la licitación (numeral 4 artículo 30 de la ley 80 de 1993).
6. Poner a disposición de los oferentes el informe de evaluación tanto de la licitación pública como en procesos de selección abreviada y concurso de

méritos (numeral 8 artículo 30 de la ley 80 de 1993/ numeral 2 artículo 24 de la ley 80 de 1993).

Para Benjamín Herrera (2003). La transparencia viene a ser el reconocimiento de la necesidad de hacer una selección objetiva con igualdad de condiciones para todos. A través de unos procedimientos predeterminados y obligatorios, una publicidad no solo de la formación, celebración y ejecución del contrato, sino del comportamiento anterior y posterior del contratista posible o real, una motivación de los actos administrativos y una participación fuerte de la comunidad. (pág. 62)

Consultando a ESCOBAR (1999). El principio de transparencia indica que todos los participantes deben estar en posición de igualdad, con los mismos derechos y expectativas, así se evita que se otorguen privilegios o ventajas o se discrimine a quienes participan en un procedimiento de esta naturaleza.

Este principio regula el contenido de los pliegos de condiciones donde se consagren reglas generales e impersonales que permitan la selección objetiva.

El autor en mención ha propuesto las siguientes reglas para que se cumpla este postulado: la obligación de las entidades de establecer *reglas claras, objetivas y justas*. La consagración dentro de los pliegos de condiciones de un plazo razonable de la licitación para conocer el proceso y presentar oferta. La prohibición de modificar los pliegos de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación. El cumplimiento por parte de las propuestas de todos los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. La prohibición a los oferentes de modificar su oferta. Y que la adjudicación del contrato sea a aquella oferta más favorable para los intereses de la entidad. De no cumplirse con

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 11

los anteriores presupuestos nos encontraremos ante una nulidad de la actuación administrativa.

Teniendo en cuenta la licitación pública como regla general de mecanismo de selección para garantizar el principio de transparencia, es necesario reafirmar el significado que para la transparencia de la contratación pública contiene este proceso de selección, de tal manera que acudir a los otros procesos de selección implica motivar la decisión y así lo establece el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 que a su letra establece: “la entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”.

Lo anterior va a generar que se puede incoar esta decisión administrativa motivada, pues la misma produce efectos jurídicos y es no acudir a la licitación pública para acudir a otros procesos de selección, como el proceso abreviado o la contratación directa.

Los principios de contratación deben ser respetados en los otros procesos de selección distintos a la licitación pública, tal como lo expresa el párrafo 2 del numeral 2 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. El procedimiento aplicable para cada una de las causales a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad.

Para PALACIO (2005). Mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 11

contratación, la imparcialidad de la administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los de igualdad, el de la publicidad y de la libre concurrencia o competencia, que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expuso en la exposición de motivos de la ley, que debe existir “aun en los casos de contratación directa o urgencia”.

Según la Corte Constitucional en sentencia C 713 de 2009 estableció que La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección,

a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley.

El principio de transparencia involucra varios conceptos básicos como son los de selección objetiva, planeación, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, los cuales deben presidir la actuación de la administración pública y tiene aplicabilidad desde la etapa precontractual.

Según Fernando Hoyos (2015) el principio de la *transparencia* es el que va a garantizar en primer lugar la escogencia objetiva del contratista aún en los casos de contratación directa o urgente. También se prevé que los interesados pueden ejercer el derecho de contradicción en los procesos contractuales y por ello se dispone que las actuaciones de las autoridades sean públicas. Permitiendo así el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual el acto de adjudicación de una licitación puede tener lugar en audiencia pública. (pág. 41).

En cuanto al desarrollo jurisprudencial que se le ha dado al principio de transparencia es de suma relevancia lo siguiente:

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

ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración. Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (Sala tercera del Consejo de Estado, fallo 17767 de 2011).

Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés" Lo

anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad. (Consejo de estado sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15324).

2. CONCLUSIONES

El principio de la transparencia como valor preponderante dentro del marco jurídico de la ley 80 de 1993, no solo busca que dentro del cuadro que se vislumbra la contratación estatal se cumplan una serie de requisitos que son determinantes para los fines estatales, sino que además este principio lleva consigo un elemento subjetivo entre los sujetos contratantes, toda vez que tanto oferente como ofertado deben verse inmersos dentro de este, ya que para cualquier etapa y tipo de contrato ese valor

axiológico busca que todo se lleve en debido orden y honestidad.

Si bien en el tema de contratación estatal se tiene que cumplir una serie de solemnidades para determinar la calidad y reputación del ofertado, todas estas formalidades pueden quedar en vano, siempre que no se esté en presencia del principio de la transparencia.

El principio de transparencia es una garantía para la contratación estatal ya que va a garantizar la escogencia objetiva del contratista y con esta escogencia se lleve a cabalidad los fines de la entidad administrativa.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 11

REFERENCIAS

- Escobar G., R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública. Primera edición.* Bogotá: Legis s.a.
- Marienhoff M., S. (2006). *Tratado de derecho administrativo. Tomo seis.* Librería Temis.
- Palacio H., J. (2005) *La contratación de las entidades estatales. Quinta edición.* Medellín: Librería jurídica Sánchez R. Ltda.
- Herrera B., B, (2003). *Contratos públicos.* Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hoyos et al. (2015). *La Contratación Estatal un Visión desde el Derecho Privado hacia lo Público.* Medellín: Dike.
- Corte Constitucional en sentencia C 713 de 2009. Magistrada ponente. Dra. María Victoria Calle Correa.
- Consejo de Estado, fallo 17767 de 2011. Consejera ponente. Olga Melida de De la Hoz.
- Consejo de estado sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15324. Consejero ponente. Mauricio Fajardo Gómez.
- Normatividad.
- Constitución política de Colombia de 1991
- Decreto 222 de 1983
- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007