

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 22

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA BAJO LA MODALIDAD DE URGENCIA MANIFIESTA

GABRIEL JAIME RAMÍREZ SÁNCHEZ
E-mail: gabrielramirez226@gmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2016

Resumen: Este escrito pretende abordar los fundamentos de la vulneración del principio de transparencia en la contratación directa bajo la modalidad de urgencia manifiesta en Colombia; para ello, se parte de la descripción de los fundamentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales del principio de transparencia en el marco de la contratación estatal en Colombia; de igual manera, se identifican los elementos que constituyen la urgencia manifiesta como mecanismo excluyente de la licitación pública en Colombia; y por último, se analizan las afectaciones al principio de la transparencia a través del uso de la figura de la contratación directa mediante urgencia manifiesta. Desde esta óptica, el objetivo central de este escrito se funda en establecer los fundamentos de la vulneración del principio de transparencia en la contratación directa bajo la modalidad de urgencia manifiesta en Colombia, por lo que es pertinente, entre otras cosas, su estudio, análisis y discusión en procura de poner sobre la mesa los elementos que permitan entender y dilucidar la relevancia jurídica que posee esta figura del derecho administrativo, pero yendo más allá.

Palabras clave: *principio de transparencia, contratación estatal, urgencia manifiesta, licitación pública, contratación directa, mecanismo excepcional.*

Abstract: This paper aims to address the fundamentals of infringement of the principle of transparency in direct contracting in the form of urgency manifested in Colombia; for this, it is part of the description of the regulatory, doctrinal and jurisprudential foundations of the principle of transparency within government contracting in Colombia; likewise, the elements that constitute the urgency manifested as exclusionary mechanism of the public tender in Colombia are identified; and finally, the damages to the principle of transparency through the use of the figure of direct recruitment through manifest urgency analyzed. From this perspective, the central objective of this paper is based on establishing the foundations of infringement of the principle of transparency in direct contracting in the form of urgency manifested in Colombia, which is relevant, among other things, study, analysis and discussion in an attempt to put on the table the elements to understand and clarify the legal relevance has this figure of administrative law, but going beyond.

Keywords: *principle of transparency, government procurement, manifest urgency, public bidding, direct contracting, exceptional mechanism.*

1. INTRODUCCIÓN

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

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 2 de 22</p>

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.

Sin embargo, en la práctica, uno de los mecanismos que más se emplea en materia contractual para obviar el principio de

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 22

transparencia es la figura de la urgencia manifiesta, instrumento que procura la contratación directa sin necesidad de cumplir con el lleno de los requisitos exigidos en otras modalidades contractuales.

Al respecto, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, establece que la urgencia manifiesta se presenta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o públicos. Para que se declare, entonces, la urgencia manifiesta, ésta debe realizarse a través de acto administrativo debidamente motivado.

Se agrega en el párrafo del mencionado artículo que con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la

urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

Ahora, si bien la consagración normativa de la urgencia manifiesta, como causal de contratación directa, tiene como fuente normativa a la Ley 1150, es la Ley 80 en sus artículos 42 y 43, la que de manera más amplia desarrolla la figura. Estas normas prescriben las características propias de la urgencia manifiesta y se convierten en el sustento normativo para la aplicación y desarrollo de tal figura.

Igualmente, se ha establecido por parte de la doctrina el señalamiento de diversos aspectos que permiten establecer su alcance y utilización; al respecto, ha dicho Dávila (2003) lo siguiente:

Esta causal de contratación directa está vinculada con situaciones apremiantes que implican la necesidad inmediata de bienes, obras o servicios. A tal punto que la ley, en aplicación del postulado de la preeminencia del interés público, sacrifica los principios de igualdad y transparencia que sustentan la licitación o concurso público, por entender que un proceso de esa naturaleza conlleva un tiempo que no

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 4 de 22</p>

es posible perder si se trata de no afectar el interés público que reclama apresuradamente el bien, obra o servicio (p. 331).

Frente a este punto relativo a la aplicación de los principios, es importante señalar que aunque se trate de la aplicación de la urgencia manifiesta, esto no significa que pueda por ello incumplirse con los postulados principialísticos propios de la Contratación Administrativa, podría hablarse de una atenuación o flexibilización de los mismos, pero no de un abandono.

Pretendiendo desarrollar las formas de utilización, se deben abordar los procedimientos para la selección de contratistas en los casos de urgencia manifiesta, las circunstancias fácticas en las cuales se sustenta la declaración de la urgencia manifiesta, el acto declaratorio de la urgencia manifiesta y la celebración del contrato, la urgencia manifiesta y los traslados presupuestales, la excepción de contrato escrito en la urgencia manifiesta y el control que se puede ejercer sobre ésta.

Finalmente, es de mencionar que el mecanismo de la declaratoria de urgencia

manifiesta es una de las expresiones del actuar de la Administración, no siendo ésta un instrumento de utilización permanente, pues no puede sustituir el procedimiento consagrado como regla general, es decir, la licitación pública, que responde a los principios de selección objetiva, transparencia y libre concurrencia en la contratación estatal en Colombia.

2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

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, según señala Jiménez

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 22

(2008), 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.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 6 de 22</p>

En la medida en que el presente escrito 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, y según establecen Martínez y González (2014), 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 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

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 22

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

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 8 de 22

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. En esencia, lo que se busca en la norma en comento 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

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 9 de 22</p>

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

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 10 de 22</p>

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.

3. LA URGENCIA MANIFIESTA COMO MECANISMO EXCLUYENTE DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente se ha distinguido la urgencia del estado de necesidad en base al elemento fáctico, más precisamente en base a la mayor o menor gravedad de la coyuntura. Mientras que la necesidad supone una situación de extrema gravedad (poco frecuente), que pone en peligro fines esenciales de la comunidad, la urgencia supone situaciones menos graves, menos angustiosas (más frecuentes).

Según Santofimio (2004), la noción de urgencia tienen sus orígenes en Francia en el

año de 1902, cuando el Comisario de Gobierno Romieu lo mencionó en sus conclusiones dentro del asunto Societé Immobilière de Saint Just, destacando la urgencia como “peligro inminente para la seguridad, salubridad y tranquilidad, que habilita a la Administración a adoptar medidas contrarias a las reglas formales, procedimentales o competencias existentes” (Santofimio, 2004, p. 56), y ha sido analizada tanto desde el punto de vista de la gravedad de los acontecimientos que dan lugar a obviar procedimientos y formalidades legales de la actuación administrativa, como desde el punto de vista de la inminencia del peligro que amenaza el interés general, aludiendo así a estados de necesidad o emergencia de un lado, y a la urgencia de otro, pero siempre partiendo del hecho cierto de la afectación o amenaza del interés público o general.

La doctrina argentina, de acuerdo con Martínez (2002), ha destacado que la urgencia no es un concepto autónomo, sino que siempre aparece vinculada al estado de necesidad, sea como componente esencial, sea como elemento accidental.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 22

El máximo estatuto contractual colombiano o Ley 80 de 1993, a través de los artículos 41 a 43, incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. En general, se trata de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones críticas, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas, debido a los condiciones especiales que ameritan este procedimiento.

Lo anterior implica que si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia

manifiesta. De este modo, la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente puedan dar lugar a la utilización de este instrumento contractual.

La norma es clara en delimitar los alcances y condiciones de la urgencia manifiesta a través del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado.

De la lectura del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, se infieren tres motivos para declarar la urgencia, a saber:

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 12 de 22</p>

Cuando se amenace la continuidad del servicio, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, y emergencia económica, social y ecológica), y cuando se presenten calamidades públicas, situaciones de fuerza mayor o desastre (Figuroa, 2011, p. 16).

Como acertadamente lo expresan varios tratadistas, entre ellos Ortiz (2012) y Matallana (2009), la introducción del decreto 2170 de 2002, resalta la “importancia de la publicidad y la transparencia en el desarrollo del proceso de selección del contratista estatal, a la par del desarrollo de los recursos informáticos y el avance tecnológico” (Expósito, 2003, p. 86) e igualmente “condiciona a la Administración (futuro contratante) a que los estudios previos que sustenten la actividad contractual sean confiables y realizados con responsabilidad” (Dávila, 2003, p. 183).

Por constituir aquellos (prepliego de condiciones), estudios previos, se prevé que la publicación de los mismos no comprometa la responsabilidad de la entidad de dar trámite al respectivo procedimiento

de selección (sea contratación directa o licitación o concurso público), de conformidad con el inciso 4 del artículo 1 del decreto 2170 de 2002. Esta conclusión es consecuente con el fin que pretende satisfacer la publicación de aquellos, cual es, permitir que el público en general formule las observaciones que considere pertinentes y con base en ellas, la Administración decida continuar o no con el trámite precontractual. Si opta por lo primero procederá a la expedición de los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos, en los cuales podrán incluir los temas planteados en las observaciones que hicieren los interesados (inciso 1 artículo 2 decreto 2170 de 2002); “si opta por lo segundo dará por terminado el procedimiento de selección” (Marín, 2002, p. 183).

La reglamentación desarrollada prescribe que la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones, en los casos de licitación o concurso público se publicarán en la página web de la entidad cuando menos con diez (10) días calendario de antelación a la fecha del acto administrativo

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 22

(de trámite) que ordena la apertura del proceso licitatorio y frente a los eventos de contratación directa de cinco (5) días calendario (inciso 2 artículo 1 decreto 2170 de 2002).

En ambos eventos, de no contar la entidad con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento para surtir la publicación en su página web, deberá publicar un aviso en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o comunicarse por otro mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa, de modo que permita a la ciudadanía conocer su contenido, en el cual indique el lugar de la entidad donde aquel puede ser consultado (inciso 5 artículo 1). “Este último evento se presenta para aquellos municipios pequeños o aislados que no tengan un periódico de amplia circulación en su jurisdicción; ello impone que los “bandos”, vuelvan a tomar vigencia” (Palacio, 2005, p. 185).

La preceptiva reglamentaria dispone la publicación de los proyectos de pliegos de

condiciones y los pliegos de condiciones definitivos en la página web de la entidad (inciso 2 artículo 1, inciso 2 del artículo 2 y numerales 1 y 4 del artículo 21), los cuales de conformidad con los lineamientos desarrollados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-831 de 2001, cuentan con las siguientes características:

Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse (Corte Constitucional, 2001, C-831).

En resumen, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 14 de 22</p>

cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.

Según el párrafo 2 del artículo 1 del decreto 2170 de 2002, se exceptúan del procedimiento prescrito en su artículo 1 los procesos contractuales que tengan carácter reservado de conformidad con la ley. El reglamento exceptúa aquella afirmación más adelante para los procesos de adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional, en los cuales se preferirá la aplicación de las normas contenidas en aquella reglamentación, bajo la preceptiva que “siempre que ello sea posible” (inciso 2 del numeral 4 del artículo 4 decreto 2170 de 2002).

De otra parte, según la Ley 1150 de 2007, el Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades. Las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el

derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondientes. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En el trabajo que hacen la Procuraduría General de la Nación y las personerías como Ministerio Público dentro del control disciplinario, se pueden encontrar muchos casos y cada uno es diferente del otro, pero los casos más comunes y en donde más se presenta iniciación de un proceso disciplinario es en el tema de la contratación estatal mediante la declaratoria de urgencia manifiesta.

De acuerdo con Herrera (2004), este tipo de contratos se celebran con muchas irregularidades, tendientes a buscar que el contrato no se rija por la Ley 80 de 1993, eludir las inhabilidades, que se necesite más del presupuesto originalmente propuesto, entre otras.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 22

Por su parte, Ortega y Patiño (2005) señalan que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas; todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

En este orden de ideas, según argumenta el Consejo de Estado en la sentencia del 27 de abril de 2006 (Exp. 05229), la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso

licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.

Por otra parte, para la corporación en comento resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios (Cfr. Consejo de Estado, Concepto de 28 de enero de 1998. Radicado No. 1073 y Concepto de 24 de marzo de 1995. Radicado 677).

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 22

4. AFECTACIONES AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA A TRAVÉS DEL USO DE LA FIGURA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA MEDIANTE URGENCIA MANIFIESTA

Como ha quedado establecido, la urgencia manifiesta es un mecanismo de carácter excepcional que encuentra su fundamento en el mismo Preámbulo de la Constitución y en el inciso 2 del artículo 2 de la misma, ya que la función de las autoridades debe ser la de promover el bienestar general de la comunidad y proteger a los residentes en Colombia en su vida honra y bienes. Por tanto esta norma se constituye en un instrumento no para obviar el procedimiento de la licitación o concurso, sino para que la administración preste de manera continua y eficaz los servicios a su cargo.

La declaración administrativa de urgencia manifiesta regulada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la

existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista.

Ello quiere decir que los alcances de la contratación estatal a través de la urgencia manifiesta están en que esta figura permite a los controladores del gasto la contratación directa cuando están de por medio circunstancias particulares que necesitan ser conjeturadas ipso facto para así evitar daños mayores, aunque esta causal de contratación puede ser utilizada sin el lleno de los requisitos con el propósito de beneficiar a contratistas y favorecer intereses personales, generando una afectación al principio de transparencia.

Es por ello que los órganos de control intervienen para detener el abuso de esta figura consiguiendo impedir su inadecuado uso. En este sentido, Palacios (2008) se ha pronunciado sobre dicha figura al sostener que existen casos de su indebida utilización y, por tanto, los organismos de control hacen

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 17 de 22</p>

lo que deben hacer, pero no es realmente suficiente, pues cada vez más se presentan denuncias, se abren procesos disciplinarios, algunas veces comprobando que efectivamente hubo falsa motivación para declarar la urgencia manifiesta, pero lamentablemente no se presentan las demandas ante lo contencioso administrativo para así poder dejar sin efecto los actos de adjudicación y los contratos llevados a cabo bajo esta modalidad de contratación, por lo que es necesario solicitar la nulidad del acto declarativo de la urgencia manifiesta y, por ende, los contratos efectuados con ocasión de ésta.

El Conpes 3186, 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).

Por su parte, señala Ríos (2005) que 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.

Toda actividad administrativa, y en especial la contratación estatal mediante la figura de la urgencia manifiesta, debe ir íntimamente ligada a lo estipulado en las normas y así lo ha entendido la Corte

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 18 de 22</p>

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, C-449).

El Estatuto Contractual, en su artículo 3°, 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).

Como puede verse, se trata de una figura excepcional diseñada en el marco del Estatuto General de la Contratación de la administración pública y por ese carácter de excepcionalidad está sometida a permanente debate, evaluación y contradicción aduciéndose razones sustanciales y procesales que abogan, unas por su implementación, y otras por su abolición; pero mientras existe, su uso debe estar supeditado a los principios que rigen la contratación pública, en particular, el principio de transparencia.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria al principio de transparencia, es decir, ésta se debe garantizar para la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados.

Los posibles excesos que genere la aplicación práctica de este instrumento, se ven regulados por la exigencia de que la

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 19 de 22</p>

declaración de urgencia manifiesta conste en acto administrativo motivado y en la obligación consagrada en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, de enviar al funcionario u organismo que ejerza control fiscal en la respectiva entidad los contratos originados en la urgencia manifiesta y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes, las pruebas y los hechos, inmediatamente después de celebrados dichos contratos, sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento.

Aún así, la facultad que adquiere la administración de contratar directamente previa su declaración no vulnera el principio de transparencia ni de selección objetiva, porque éstos deberán estar presentes en el momento de adjudicar el contrato. Igualmente, la facultad de los órganos fiscales de realizar un control sobre la verificación de la existencia de las circunstancias objetivas que dieron lugar a su declaración se ajusta a la Carta, porque constituye un mecanismo de control directo y externo que le permite a los órganos disciplinarios, fiscales y penales actuar ante

las eventuales irregularidades que se puedan presentar.

Según se desprende del presente análisis, existe una tensión entre el principio de transparencia y la contratación mediante urgencia manifiesta. Mientras que la urgencia manifiesta 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 esta figura contractual.

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

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 20 de 22

se utilice por parte del gobierno o del legislador cada vez que quiera agregar más medidas de control a la contratación estatal, especialmente en la urgencia manifiesta.

De esta forma, el principio de transparencia en la contratación estatal exige que cuando se llegue el momento de hacer la contratación ya se hayan verificado previamente, y si corresponde, debidamente saneado, todas y cada una de las condiciones requeridas para contratar bajo dicha figura.

En resumen, 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.

REFERENCIAS

Congreso de la República. (1983). *Decreto Ley 222. Por el cual se expiden*

normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983. Decreto derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, salvo los artículos 108 a 113, aunque el artículo 112 ya había sido derogado por el artículo 124 de la Ley 9 de 1989.

Congreso de la República. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. (2007). *Ley 1150. 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.* Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (1995). *Concepto de 24 de marzo. Rad. 677. Bogotá. Consejero Ponente: Luís Camilo Osorio Isaza.*

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (1998). *Concepto de 28 de enero. Rad. 1073. Bogotá. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón.*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2006). *Sentencia del 27 de abril. Exp.*

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 22

05229. Bogotá. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. *estatal colombiana.* Chía (Cundinamarca): Universidad de La Sabana.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2002). *Conpes 3186. Una política de estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-449. Bogotá. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.*
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-831. Bogotá. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.*
- Dávila V., L. G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993.* Bogotá: Legis.
- 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.
- Figueroa E., A. (2011). *La urgencia manifiesta causal de contratación directa o excusa para contratar a dedo.* Bogotá: Universidad de La Sabana.
- Herrera B., B. (2004). *Patología Contractual.* Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Jiménez R., M. (2008). *Principio de transparencia, base de la contratación*
- Marín C., F. (2002). *Seminario sobre nueva reglamentación de la Ley 80 de 1993.* Medellín: S.E.
- Martínez, A. (2002). *Excepciones a la Licitación Pública; Contratos Administrativos.* Buenos Aires: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina.
- Martínez H., D., & González S., E. (2014). *El principio de transparencia en la contratación estatal.* Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Matallana C., E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortega O., A., y Patiño P., E. (2005). *Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos por irregularidades en la contratación estatal.* Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ortiz A., J. (2012). *La figura de la urgencia manifiesta como mecanismo para excepcionar la licitación pública en la contratación estatal colombiana.* Medellín: Universidad de Antioquia.
- Palacio H., J. (2005). *La contratación de las entidades estatales.* Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 22

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

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.

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