

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, BASE DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL  
COLOMBIANA  
(ENSAYO)

MARITZA ANDREA JIMENEZ RUEDA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
ESPECIALIZACIÓN DE CONTRATACIÓN ESTATAL  
CHÍA, CUNDINAMARCA

2008

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, BASE DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL  
COLOMBIANA  
(ENSAYO)

MARITZA ANDREA JIMENEZ RUEDA

TRABAJO DE GRADO

UNIVERSIDAD DE LA SABANA  
ESPECIALIZACIÓN DE CONTRATACIÓN ESTATAL  
CHÍA, CUNDINAMARCA

2008

## TABLA DE CONTENIDO

	PÁG
- INTRODUCCION	1
- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA	3
- CONCLUSIONES	31
- BIBLIOGRAFIA	33

## **INTRODUCCION**

A través del presente ensayo me permito presentar el contenido, alcance y desarrollo que ha tenido el principio de transparencia en la Ley 1150 de 2007.

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”. Así las cosas podemos partir del presupuesto de que las normas que componen la nueva normatividad de la contratación estatal se basan en estos dos principios; EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA.

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.

El principio implica que la selección del contratista debe realizarse por las modalidades de selección establecidas en la normatividad y de acuerdo a los pliegos de condiciones, casos en los cuales la selección debe hacerse de manera objetiva, escogiendo la propuesta más favorable para la entidad.

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.

## **PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA**

La contratación estatal colombiana está compuesta por un conjunto de normas contenidas en La Ley 80 de 1993 y en La Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, además por principios establecidos en la misma normatividad.

Desprendiéndose así que los contratos son estatales porque una de las partes o las dos son Entidades Públicas.

Constitucionalmente se establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla basándose en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, según lo preceptuado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

Por medio de estos principios se busca alcanzar los fines del Estado; Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;

defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.<sup>1</sup>

Nos ocupa el tratamiento dado al principio de transparencia en la contratación estatal colombiana; el cual alcanza su mayor desarrollo en la etapa precontractual, pero puede suceder que durante la ejecución del contrato se deba aplicar este principio en virtud de una nueva selección del contratista por una causal de nulidad absoluta, terminación unilateral del contrato como cláusula excepcional, en la cesión del contrato o por la caducidad del contrato.

¿Pero por qué un principio es contenido por una norma, o mejor por qué el principio de transparencia es tan importante dentro de la contratación estatal colombiana, como para inspirar su regulación?

Comenzamos a responder esta pregunta con la definición que hace el Doctor Juan Ángel Palacio Hincapié. “Mediante este principio se ataca la corrupción y se busca garantizar la moralidad de la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas. En este principio se conjugan también los principios de igualdad, publicidad y de libre concurrencia o competencia, que sirve 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

---

<sup>1</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Artículo 2.

forma escogida".<sup>2</sup>

El Doctor Palacio ve el principio de transparencia como la respuesta al seguimiento de la moralidad pública y así evitar la corrupción, incluye como elementos del principio de transparencia otros principios los cuales hacen más efectivo su desarrollo.

De esta manera es pertinente establecer las características del principio de transparencia en la contratación estatal como principio de derecho.

Lo cual haremos recordando lo que es un principio de derecho y sus características.

Los principios de derecho son normas fundamentales del sistema normativo, de donde surgen de modo permanente las demás normas del sistema jurídico. Los principios generales de derecho son verdaderas normas que son: fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrarse el ordenamiento, que poseen una naturaleza filosófica y también jurídica.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> PALACIO HICAPIE, Juan Ángel. La contratación de las Entidades Estatales. Medellín: librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2003 pág. 53.

<sup>3</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernan. Nomoárquica, principalista jurídica o los principios generales del derecho. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1993 pág. 192

La positividad debemos entenderla como el atributo especial por el cual ciertas normas son promulgadas por autoridad y dotadas de coercibilidad, entonces los principios serán explícitamente positivos si son objeto de una expresa promulgación por la autoridad y serán implícitamente positivos si son creados por estamentos supraestatales como la comunidad o el conglomerado social<sup>4</sup>

De estas definiciones tenemos que los principios de derecho son la base de la normatividad y que a su vez la regula. Es decir que para el caso del principio de transparencia este es la fuente que tomo el legislador para redactar la normatividad contractual, y que es explícitamente positivo porque fue promulgado y dotado de coercibilidad por la autoridad.

Los principios nacen de tres necesidades del derecho objetivo:

- Abarcar la mayor parte de la realidad
- Debe existir compatibilidad entre las normas
- Todas las normas deben tender al mismo fin

Esta triple faceta es anterior al mismo ordenamiento positivo, porque estas necesidades surgen no de una norma positiva, sino de la naturaleza misma del derecho objetivo y son un reconocimiento de la insuficiencia de la ley y de que el derecho no está contenido en ella. Es por esto que el legislador al entrever dichas necesidades, en ocasiones ha hecho una expresa manifestación de los principios para que sacien estas exigencias del ordenamiento con lo cual se evidencia el origen positivo de los principios, pero siempre posterior al no

---

<sup>4</sup> FORERO FORERO, Claudia Helena. Principios constitucionales. Manifestación positiva de los principios generales del derecho. Pág 5. En [www. Filosofyaderecho.com](http://www.Filosofyaderecho.com). fecha de consulta: agosto 3 de 2008.

positivo, por no contemplarse toda realidad jurídica del modo positivo. El mismo ordenamiento positivo muestra que no es suficiente en algunas ocasiones y por tanto, recurre a aquellos principios que son anteriores a él y que son al mismo tiempo, **fuentes permanentes en cuanto que dan base a toda estructura jurídica**. Pero para que dichos principios no positivos y anteriores a la Ley, se tengan siempre en cuenta en los casos de lagunas o cuando se van a erigir nuevas leyes, el legislador ha considerado conveniente dejarlos positivizados, de modo de que manera expresa orienten todo el edificio jurídico y siempre se remita toda Ley a ellos.<sup>5</sup>

Percibo que el legislador al evidenciar los altos índices de corrupción en el país, vio la necesidad de acudir a un principio, para que con base en él se desarrollara la normatividad contractual, positivizándolo. Si decimos que el cometido de un principio es complementar tres necesidades del derecho objetivo, tenemos que el principio de transparencia abarcaría la mayor parte de la realidad, en el entendido que con su aplicación estaría atacando la corrupción; en cuanto a la compatibilidad de las normas tenemos que la totalidad de la normatividad contractual con el Estado es coherente a este principio, y a su vez las mismas normas tienden a cumplir con los fines del Estado a través de una adjudicación transparente siguiendo lo preceptuado.

Los principios también cumplen funciones las cuales son:

---

<sup>5</sup> Ibid, Pág. 5

-Creativa: opera en el momento anterior al que el legislador va a promulgar la norma jurídica, ya que allí debe observar los principios, inspirarse en ellos para poder positivizar sobre la base de ellos mismos. Según esto, es posible afirmar que cuando los principios cumplen su función creativa, son fuente material y formal del ordenamiento.

-Interpretativa: es aquella por la cual los principios sirven para comprender las normas a la luz del ordenamiento al que pertenecen, en especial cuando éstas en sus enunciados, se muestran oscuras, ambiguas o contradictorias, aquí los principios tienen que ver con la comprensión de las normas de un ordenamiento jurídico. Es así como operan los principios por esta función: al interpretar una norma, ya sea el órgano competente o el jurista como estudioso debe tomar los principios como base, sin que la interpretación vaya a contrariarlos. Mientras los principios cumplan esta función interpretativa, serán fuente formal principal y subsidiaria del ordenamiento.

-Integradora: es aquella por la que estos se encargan de llenar los vacíos o lagunas de las fuentes formales del derecho objetivo y es por esta función que los principios se convierten en una fuente formal supletiva o subsidiaria del ordenamiento.<sup>6</sup>

El principio de transparencia cumple la función creativa cuando el legislador se inspira en él para promulgar la Ley de Contratación Estatal, es fuente material y formal de derecho entendidas la fuente material según Abelardo Torre, como los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos

---

<sup>6</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principalista jurídica...Ob cit Pág. 75

factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales etc.) que el legislador tiende a resolver y además las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla.<sup>7</sup> El problema que evidencia el legislador es la corrupción tanto en las entidades contratantes como dentro de las empresas contratistas.

Las fuentes formales las define Bonnacase como las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho<sup>8</sup>, el principio de transparencia es impuesto por medio de la norma que lo contiene en este caso La Ley 1150 de 2007.

También encontramos estrictamente ligados los principios a la ética entendida como una ciencia práctica, que estudia cómo se ordenan los actos humanos en relación con el fin del hombre; no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas, proporcionando el conocimiento necesario para que el hombre obre **bien moralmente**.<sup>9</sup>

Las actuaciones de las partes dentro de un contrato estatal deben perseguir la finalidad del contrato es decir, cumplir con el objeto del mismo, a partir de la ética aplicada a la profesión y a los conocimientos, estas actuaciones que son reguladas y regladas, deben llevar al cumplimiento de los fines del Estado,

---

<sup>7</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. Bogotá: editorial Temis, 2003, Pág 129

<sup>8</sup> Ibid 130

<sup>9</sup> ARTIGAS, Mariano. Introducción a la filosofía. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1995, Pág 75.

teniendo como beneficiario directo a la comunidad. Lo que se logrará a través del cumplimiento de la normatividad existente, la cual repito, está basada en el principio de transparencia.

La ética se divide en dos partes:

-Ética general: que estudia los principios fundamentales acerca de la moralidad de los actos humanos: el fin último del hombre, la ley moral, la conciencia, el pecado las virtudes.

-Ética social: aplica esos principios a la vida del hombre en cuanto miembro de la sociedad.<sup>10</sup> Para el caso sería la aplicación del principio de transparencia dentro de la contratación estatal para llegar al bien común de la sociedad que será el cumplimiento de los fines del Estado

El sujeto social es una unidad de orden que está sustentada por los muchos sujetos individuales. El sujeto social no obra por propia virtud, sino que está ordenado a la virtud del sujeto personal<sup>11</sup>, así las cosas el sujeto social de la contratación estatal será la comunidad que es la que se debe satisfacer (en cuanto sus necesidades así lo requieran) por parte del Estado; los sujetos particulares seremos los miembros de esa comunidad incluidos contratantes y contratistas, las entidades contratantes deben velar por la satisfacción del interés general como representantes del Estado contratante.

---

<sup>10</sup> Ibid ; Pág 78

<sup>11</sup> BERG, Ludwig, Ética Social. Madrid: Editorial Rialp S.A., 1964, Pág 147.

Ludwig Berg, menciona el estado de orden diciendo que no depende de la actividad de los individuos, sino que es anterior a ellos, en cuanto que es lo que fundamenta la unidad y hace que los individuos se conviertan en miembros del todo, por el cual los individuos pueden llegar a ser partes y miembros y por la que existe una conciencia común y una conciencia pública, que pertenece al todo y de la que los miembros reciben normas y directrices y dispone moralmente de ellos<sup>12</sup>. Podemos precisar más todavía: el todo social es sujeto moral en doble sentido. En primer lugar el sentido distributivo, en cuanto que obra por medio de sus miembros. En segundo lugar en sentido colectivo, en cuanto que obra en nombre propio y reclama esto de sus miembros<sup>13</sup>.

El todo obra distributivamente por medio de las partes y necesita del representante que obra en nombre del todo y que tiene que determinar colectivamente a favor de todo incluso por encima de las partes<sup>14</sup>.

Me parece importante tomar estos extractos de la obra de Ludwig Berg para presentar un símil con la contratación estatal.

El todo como sociedad tiene la necesidad de elegir unos representantes que obrarán en nombre de ella, los miembros, es decir, los sujetos particulares, recibimos las normas de estos representantes.

---

<sup>12</sup> Ibid, Pág 148

<sup>13</sup> Ibid, Pag 149

<sup>14</sup> Ibid , Pág 153

En la relación contractual encontramos la entidad contratante y el contratista como partes, el fin debe ser el interés general, el medio el contrato adjudicado con el lleno de los requisitos legales; en este caso la entidad sería el representante del Estado ante la sociedad la cual debe procurar cumplir con los fines instituidos constitucionalmente, al buscar cumplir estos fines en ocasiones debe decidir de manera unilateral como en los siguientes casos, preceptuados normativamente.

- **LIQUIDACIÓN:** Los términos de la liquidación serán de mutuo acuerdo, a falta de esta previa citación del contratista la Entidad podrá proceder a la liquidación unilateral hasta la caducidad de la acción.
- **MULTAS Y CLAUSULA PENAL:** La Ley establece que la Entidad puede hacer efectivas por sí misma las multas y la cláusula penal pactada en el contrato, garantizando el debido proceso.

Estas estipulaciones a mi modo de ver, no chocan con la prevalencia del principio de transparencia; la liquidación procede de esta forma, previa oportunidad de establecerse entre las partes, en cuanto a las cláusulas penales y las multas se debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 17 de La Ley 1150 de 2007 con el fin de conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones.

Esto partiendo del supuesto que la entidad por medio de sus representantes obre de manera transparente al hacer uso de estas facultades, ya que la

entidad estatal ejerce su autoridad que debe dirigirla a la obtención del bien común.

Puede ocurrir que los funcionarios se extralimiten en sus funciones o por el contrario usen las facultades que la Ley les ha asignado, para obtener provecho personal con sus actuaciones, es el caso de la figura del desvío o abuso de poder.

El numeral octavo del artículo 24 de la ley 80 de 1993, consagra una prohibición expresa para la entidades estatales, en donde se expresa que las autoridades no actuarán con DESVIACIÓN O ABUSO DE PODER y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente les será PROHIBIDO ELUDIR LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN OBJETIVA y los demás requisitos previstos en la ley.

Este precepto busca implementar la transparencia al incluir esta prohibición expresa. Recordemos el concepto de DESVIO DE PODER: para el doctor JAIME O SANTOFIMIO. Se estructura en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en Derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular. En consecuencia y como se ha dicho, la idea general de la doctrina es que constituye desvío de poder “el ejercicio de las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico” se caracteriza por lo general esta modalidad de irregularidades, en el hecho de

que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad: la administración procura que su manifestación sea en apariencia legal; no es objetable por incompetencia ni por problemas de forma o procedimiento, mucho menos por vicios en el objeto. Eventualmente podría ir acompañada de una falsa motivación<sup>15</sup>. Los fines de dichas actuaciones no están destinados a garantizar el interés general sino que buscan objetivos diversos como los intereses personales o de terceros.

Partiendo de esta definición es fácil identificar situaciones de desviación de poder en la contratación estatal tales como:

- Cuando el cronograma se encuentra demasiado ajustado, no otorgando un plazo razonable a los oferentes para elaborar su propuesta.
- Las especificaciones técnicas del objeto a contratar se establecen de tal manera que no hay posibilidades para que algunos contratistas puedan presentar ofertas, por cuanto se detalla de tal manera lo que se quiere contratar que solo un oferente puede cumplir con los requisitos exigidos.
- Las condiciones financieras no son razonables con respecto a las necesidades del estado de proteger sus propios intereses y se convierte en una limitante del proceso de selección donde solo unos pocos pueden cumplir.
- Las exigencias para evaluar la experiencia general y específica del oferente se establecen de tal manera que muy pocos, o uno, puede cumplir con los requisitos exigidos.

---

<sup>15</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág 410.

- Las exigencias que deben cumplir las propuestas sobre el personal mínimo exigido son desproporcionadas con respecto al objeto a contratar.
- No dar aplicación al numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 sobre la prohibición de rechazar ofrecimientos cuando se trata de documentos no comparativos de ofertas.
- La ponderación de puntos de la evaluación de ofertas no es coherente con el objeto a contratar, se le otorga más valor a aquello que no es fundamental para garantizar la idoneidad del contratista, y se desvía a asuntos no trascendentales, en últimas no hay un buen balance de la ponderación de puntos entre los distintos criterios de evaluación.
- Cuando a pesar de la advertencia que presenten los interesados en el proceso de selección en dar a conocer su inconformidad, la administración hace caso omiso a dichas solicitudes y no modifican los pliegos de condiciones para permitir la participación.
- Otras prácticas indebidas se encuentran en las intenciones de eludir la licitación pública con el ánimo de generar menor publicidad a los procesos de selección.

Aunque no nos ocupa el caso fiscal y disciplinario es importante recalcar que el abuso o desviación de poder también abarca estos campos

En cuanto a la parte fiscal si se demuestra el desvío de poder, significa que la causa del contrato es ilícita, por cuanto no cumplió el contrato con los fines del interés general sino con los fines personales del funcionario que participa y es

responsable de la actividad contractual. Lo anterior significa que el contrato no cumplía las finalidades estatales sino con los propósitos particulares del servidor público y en esos términos deberá entrar a responder fiscalmente por el detrimento al patrimonio público, puesto que de no presentarse este desvío de poder, el contrato nunca se hubiese celebrado, en el entendido que lo que se perseguía con la adjudicación del contrato era un interés particular y no general. La necesidad de celebrar el contrato no está justificada, así que el funcionario público deberá devolver con su propio patrimonio lo que le obligó a gastar al Estado sin requerirse. En cuanto a la parte disciplinaria se daría aplicación al numeral 29 del artículo 48 ley 734 de 2003. Y también es importante mencionar la responsabilidad penal la cual tipifica el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En este punto nos encontramos con la aplicación que debe dársele al principio de moralidad, pública otro ingrediente que desarrolla el principio de transparencia.

Moralidad pública entendida como un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de la legalidad. La moralidad del servidor público como tal sólo puede ser medida directamente con los parámetros que se deduzcan de los principios, valores y normas a las cuales se encuentre sujeto.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-46 del 10 de febrero de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Un principio que a la vez es medio de la moralidad pública es el de imparcialidad. El cual deviene de las actuaciones por vía del artículo 13 constitucional, que consagra el derecho fundamental a la igualdad, básicamente a partir de las relaciones entre autoridades y administrados. Según este postulado constitucional deben recibir de las autoridades igual trato y protección<sup>17</sup>. La finalidad del principio es la de evitar la corrupción y garantizar la moralidad de la contratación.

Otro principio que hace parte del principio de transparencia es el de publicidad, incorporado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo; constituye una de las formas en que el principio de la transparencia del Estado democrático se manifiesta dentro de la estructura de las actividades administrativas. Su punto de partida lo constituye la necesidad, por regla general, de que la totalidad de actuaciones y decisiones de las autoridades se caractericen por ser públicas y abiertas a la totalidad de los asociados, salvo las situaciones excepcionales y restrictivas que por vía de mandato constitucional o legal se establezcan<sup>18</sup>.

Reflejado en las siguientes actuaciones

- **PUBLICACIÓN DE PREPLIEGOS:** El artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 establece la obligación de las Entidades de publicar los “prepliegos”, se divulgan los estudios previos, en aras de la sana y libre competencia, los

---

<sup>17</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de... Ob. Cit pág 77,78.

<sup>18</sup> Ibid, pág 78

posibles oferentes podrán opinar sobre las especificaciones técnicas consignadas en los pliegos.

- **AUDIENCIA PÚBLICA:** La adjudicación de las licitaciones se hará mediante audiencia pública.

La publicidad como principio se positiviza a través del principio de transparencia que a su vez se perfecciona utilizando otros principios, ¿porqué es importante la publicidad dentro de un proceso de adjudicación?

Este es un principio de la función pública, que la desarrolla en aras de la consecución del interés general; por medio de este principio se garantiza la rectitud de la actuación estatal, hace más eficaz y participativo el proceso al establecer que los oferentes pueden presentar observaciones al proyecto de pliegos.

Es sabido que la actuación administrativa debe por regla general ser pública y transparente, esto es, que sus decisiones o actuaciones se conozcan por parte de los administrados y se den a conocer sus efectos para quienes como en el caso de la contratación estatal sean partes dentro de la relación contractual, por medio de la publicidad se comienza a dar desarrollo al principio de contradicción.

Otros puntos que desarrollan el principio de transparencia son los siguientes:

- **PUBLICACIÓN EN EL SECOP** (sistema electrónico para la contratación pública) de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 8 y siguientes del Decreto 066 de 2008.

El SICE continúa vigente y los organismos de control fiscal continuarán ejerciendo su actividad fiscalizadora a la contratación pública a través del mismo. Las entidades deberán continuar registrando la información contractual

Todas estas estipulaciones son evidentemente garantistas de la publicidad, selección objetiva y por ende del principio de transparencia, hasta este punto la legislación en materia contractual es abiertamente pública y busca que todas sus actuaciones se realicen de manera tal que propendan por el interés general como fin del Estado.

Otro principio contenido del de transparencia es el de selección objetiva: El artículo quinto de la Ley 1150 de 2007 define la selección objetiva, y establece los puntos de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades. Se manifiesta en las siguientes actuaciones.

- **SISTEMA “PASA, NO PASA”**: Además es una modificación al principio de selección objetiva. No se puede hablar de aplicación del principio de transparencia sin mencionar el de selección objetiva el cual no es

autónomo, sino que es una extensión del principio de transparencia, que se garantiza cuando la administración selecciona la propuesta más favorable que debe hacerse de acuerdo a los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Este sistema se encuentra estipulado en el numeral 1 artículo 5 de La Ley 1150 de 2007.” *La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.”<sup>19</sup>*

El artículo 29 de La Ley 80 de 1993 establecía los factores de selección objetiva mezclando circunstancias del proponente con las de la oferta, pudiendo llevar a la Entidad a seleccionar un contratista que no pueda cumplir con el objeto del contrato, porque podría darse el caso de adjudicarse al mejor proponente y no al mejor producto.

---

<sup>19</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 de julio 16 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” Numeral 1 Artículo 5.

Creemos que debe realizarse un estudio separado de las condiciones del proponente, por esto la nueva normatividad establece éstas como requisitos habilitantes que puedan establecer una idoneidad tal que le permita a la Administración esperar un resultado favorable en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en caso de ser el ganador.

Podemos simplificar esta idea de la siguiente manera, la reforma propende por elegir el mejor producto y no el mejor proponente, estas dos aristas deben ser evaluadas de manera independiente ya que ambas tienen sentidos diferentes; la parte subjetiva es la que permite a la entidad establecer las condiciones personales que la lleven a confiar en la capacidad del proponente de cumplir con el contrato, en este caso debe seguirse el criterio del pasa no pasa, que sería lo mismo que cumple o no cumple. Una vez se define que el contratista pasa sus condiciones personales dejan de influir en el proceso contractual.

Este estudio se realiza por medio de RUP (REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES), el cual es administrado por las cámaras de comercio, debiendo estas verificar la información por fuera de cada proceso licitatorio, almacenando toda la información de los proponentes, algo así como su historial, dejándole a las entidades solamente la evaluación de la oferta.

Igualmente las entidades podrán acreditar condiciones habilitantes adicionales a las contenidas en el registro, siempre y cuando conserven el principio de proporcionalidad y procedan a verificarlos.

Los extranjeros residenciados en Colombia están en la obligación de inscribirse, y de no estarlo deberán acreditar los requisitos habilitantes ante la Entidad Contratante.

El numeral 15 del artículo 25 de La Ley 80 de 1993 establece *“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”*<sup>20</sup>, creemos que por medio del mecanismo de pasa no pasa, se da cumplimiento a este precepto, en la medida que se podrá subsanar cualquier defecto en la documentación, pero que se refiera a circunstancias previas al cierre.

Si se da prevalencia a lo sustancial sobre lo formal se garantiza el principio de transparencia.

Este principio es indispensable para seguir lo normado en cuanto a lo que se debe entender como requisito habilitante y hasta donde estos requisitos deben intervenir dentro del proceso licitatorio.

El principio de gratuidad el cual para mí, favorece la libre competencia, se refleja en las siguientes actuaciones:

---

<sup>20</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de Octubre 28 de 1993.” Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública” numeral 15 artículo 25.

- **SE PROHÍBE EL COBRO DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES:**

estipulado en el segundo inciso numeral 12 artículos 8 del Decreto 066 de 2008.

Otras actuaciones estipuladas en la normatividad estatal que reflejan el principio de transparencia son las siguientes:

- **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES:** El régimen de inhabilidades e incompatibilidades se hace extensivo a toda actividad contractual del Estado.
- **CONTRATACIÓN DIRECTA CON COOPERATIVAS:** Se acaba la contratación directa con cooperativas de entidades territoriales, deberán participar en los procesos de selección.
- **CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS:** En los contratos interadministrativos la entidad ejecutora debe contar con la capacidad para satisfacer la tarea contratada.
- **NATURALEZA DEL OBJETO:** Se establecen procesos de selección más sencillos y rápidos que buscan la naturaleza del objeto y no la cuantía:
  - Bienes y servicios de común utilización y características técnicas uniformes: El factor a calificar es el precio puesto que las características mínimas de estos bienes son uniformes en el mercado.

Formas de adquisición

- Subasta Inversa: puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado. se encuentra regulada en los artículos 18 a 28 del decreto 066 de 2008.
  - Acuerdo de Precios (todavía no tiene aplicación).
  - Bolsa de Productos: se encuentra establecido en los artículos 29 a 43 del Decreto 066 de 2008. Las bolsas de productos deberán estandarizar, tipificar, elaborar y actualizar un listado de bienes y servicios que deberán publicar en sus respectivas páginas web.
- CONCURSO DE MERITOS: Se define en el numeral tercero del artículo segundo de La Ley 1150 de 2008: *“Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso”*.<sup>21</sup>

Regulado en los artículo 54 a 75 del Decreto 066 de 2008

Mediante este proceso se adjudican los contratos de diseño e interventoria de obra pública.

---

<sup>21</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1150 de julio 16 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” numeral 3 artículo 2.

Esta modalidad es una excepción al principio pasa no pasa, en el entendido de la posibilidad de medir los atributos intelectuales del proponente.

- **LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA:** en virtud de la aplicación del principio pasa no pasa, la calificación de la oferta recaerá sobre la valoración de los factores económicos y técnicos.

- **MODALIDADES DE SELECCIÓN: LICITACIÓN PÚBLICA, SELECCIÓN ABREVIADA, CONCURSO DE MÉRITOS, CONTRATACIÓN DIRECTA**

-licitación pública: En cuanto a la licitación pública podemos decir que continua siendo la regla general en cuanto a los procesos de selección, aunque ahora será reservada para objetos de mayor valor o complejos. Se introduce el uso de subastas para la presentación de las ofertas. Regulada en el artículo 2 numeral 1 de la Ley 1150 de 2007 y 14 a 15 del Decreto 066 de 2008.

Entendemos como licitación una invitación pública que hace una Entidad Estatal para que quienes estén interesados en igualdad de condiciones presenten sus ofertas.

La licitación es la más pública de las modalidades de selección y consecuentemente será transparente en la medida en que se cumpla con lo estipulado normativamente.

Una nueva modalidad es la selección abreviada, la cual se aplicará para los casos expresados en el numeral segundo del artículo segundo de La Ley 1150 de 2008, para las compras del Estado que se contratarán con quien ofrezca el mejor precio. Para elegir el procedimiento de contratación no será relevante el monto del contrato sino lo complejo del objeto contractual y no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones.

Podemos deducir de la definición legal de este procedimiento que su convocatoria debe ser pública, ya que la única diferencia con la licitación pública es que la selección abreviada implica un proceso simplificado, se debe dar publicidad a todas las actuaciones lo que es propio de todo procedimiento de selección objetiva.

- El concurso de méritos ya mencionado es una forma de premiar el talento.
- Selección abreviada: regulada en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2008 y los artículos 16 al 53 del Decreto 066 de 2008. Podemos ver que las causales tienen en común que eran algunas de las causales de contratación directa de La Ley 80 de 1993 pero ahora suponen una convocatoria pública, lo que creemos hace más relevante la aplicación del principio de transparencia en estas modalidades de selección, introduciendo La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Se deduce que la aplicación del principio de transparencia se hace evidente en las modalidades de la selección abreviada ya que todas tienen en común la publicidad de las actuaciones y de la forma de selección.

Además las ofertas deben ser evaluadas de acuerdo a los pliegos de condiciones, los cuales debieron ser conocidos y estudiados por todos los proponentes lo cual permite inferir su análisis objetivo.

- Contratación directa: la última forma de selección establecida es la contratación directa para la cual se requiere un acto administrativo que establezca: la causal que se invoca, el objeto a contratar, presupuesto para la contratación y condiciones que se exigirán a los proponentes si los hubiere o al contratista, indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos. Regulada en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y de los artículos 76 a 82 del Decreto 066 de 2008.

¿Si lo que se busca con esta reforma es la transparencia y participación del público en general en los procesos de adjudicación qué justificación se podría dar al proceso de selección de contratación directa?

Lo podemos responder de la siguiente forma, la contratación directa solo procede en los casos ya señalados y para esta es necesario que la entidad mediante acto administrativo declare una de estas causales, esto por cuanto en aras del principio de transparencia se debe dar certeza a los administrados

sobre la ocurrencia de los mismos y a la vez permite la revisión por la vía gubernativa y jurisdiccional del acto administrativo.

El legislador estableció que los casos en los cuales procede la contratación directa no se hace necesaria o no se puede realizar el proceso concursal.

Para que se proceda a realizar una adjudicación por medio de contratación directa debe presentarse alguno de estos casos; estar en riesgo la continuidad de un servicio, durante los estados de excepción o hechos de calamidad, desastre, fuerza mayor. Si el Estado busca la prestación de servicios y el interés general es acertado aplicar esta modalidad de contratación para evitar la paralización que conllevaría alguno de estos casos.

Otro caso interesante es el de los contratos interadministrativos en los cuales las obligaciones de la entidad ejecutora deben ser concordantes con las que le son propias.

En cuanto a la contratación de bienes o servicios reservados para la defensa, la regla general es la selección abreviada, pero los reglamentos pueden someter a reserva algunos de ellos.

Cuando hay pluralidad de oferentes en el mercado, corresponde a la entidad tener sumo cuidado en no excluir ilegalmente a ningún oferente.

Luego de revisar las normas que para mí evidencian el principio de transparencia en la contratación estatal y de clarificar que este principio necesita de otros para su desarrollo, creo pertinente insistir en que la ética

social, compuesta por el sujeto social, entendido como el conglomerado social conformado por los sujetos individuales es el que se debe satisfacer.

Éticamente nos encontramos ligados a comportamientos que exteriorizan nuestros principios como personas o como profesionales, en la contratación se positiviza el principio de transparencia y este, a su vez, positiviza algunos más, por qué se ve la necesidad de incluirlos en la normatividad para erradicar algunos problemas de la relación contractual entre el Estado y el particular.

A mí modo de ver el problema más grave al que nos enfrentamos en la contratación estatal colombiana es el de la corrupción que hace necesario un reproche de valor y un control a toda la actividad contractual. Y con el principio de transparencia se busca que las actuaciones sean casi en su totalidad públicas y así ejercer el control por parte del sujeto social, es decir, la comunidad, y porque no, que el reproche de valor se evidencie en la totalidad de los miembros de ésta que se ven afectados con los incumplimientos en los contratos estatales.

Podemos resumir los fines del Estado como la intención de este por medio de sus funcionarios de satisfacer el interés general en el cual son necesarios comportamientos idóneos e igualmente morales dentro de la actuación administrativa.

Además de lo ya mencionado en cuanto a la moralidad pública es importante abordar el tema de la moral como comportamiento o conducta; entendemos los actos morales como actos buenos, las entidades estatales deben buscar actuaciones moralmente buenas que persigan los cometidos del Estado, así lo ha entendido el legislador de acuerdo a lo reflejado en la Ley 1150 de 2008.

El bien común existe mientras se dé una conformidad entre el objeto y el sujeto; en tanto convienen entre sí los sujetos sociales y los objetos sociales tenemos que el bien común es lo interhumano, en cuanto que está concorde, es justo y está ordenado. La conformidad de muchos sujetos entre sí por razón de los objetos es el concepto supremo ético del bien común. Las instituciones de naturaleza pública y jurídica que pertenecen al bien común, solo tienen importancia para la ética social en cuanto que ellas son los supuestos de la convivencia de los sujetos entre sí y crean los supuestos para el orden de los objetos<sup>22</sup>.

¿Cómo alcanzaríamos el bien común en la contratación estatal? Si necesitamos de una conformidad entre el sujeto y objeto diríamos que los sujetos deben actuar de manera transparente cumpliendo con la normatividad, para así lograr la conformidad de los miembros del conglomerado o grupo social.

---

<sup>22</sup> BERG, Ludwig, *Ética social...* Ob Cit. Pág 197, 198

Es de suma importancia que la relación contractual se lleve con estricto cumplimiento normativo y además se aplique un espíritu que propenda por la búsqueda del bien común, que no se presente desvío de poder o incumplimiento de los acuerdos establecidos, en los casos que la Ley lo permite.

## **CONCLUSIONES**

El principio de transparencia es la fuente que tomo el legislador para redactar la normatividad contractual, y es explícitamente positivo porque fue promulgado y dotado de coercibilidad por la autoridad.

El legislador al evidenciar los altos índices de corrupción en el país vio la necesidad de acudir a un principio, para que con base en él se desarrollara la normatividad contractual, positivizándolo. El cometido de un principio es complementar tres necesidades del derecho objetivo, tenemos que el principio de transparencia abarca la mayor parte de la realidad en el entendido que con su aplicación estaría atacando la corrupción, en cuanto a la compatibilidad de las normas, tenemos que la totalidad de la normatividad contractual con el Estado, es coherente a este principio, y a su vez las mismas normas tienden a cumplir con los fines del Estado a través de una adjudicación transparente siguiendo lo preceptuado.

El principio de transparencia cumple una función creativa cuando el legislador se inspira en él para promulgar la Ley de Contratación Estatal, es fuente material y formal de derecho

Las actuaciones de las partes dentro de un contrato estatal deben perseguir la finalidad del contrato es decir cumplir con el objeto del mismo, a partir de la

ética aplicada a la profesión y a los conocimientos estas actuaciones que son reguladas y regladas deben llevar al cumplimiento de los fines del Estado, teniendo como beneficiario directo a la comunidad. Lo que se logrará a través del cumplimiento de la normatividad existente, la cual está basada en el principio de transparencia.

La finalidad de la contratación estatal debe ser incentivar la competencia y la participación, ya que la concurrencia de proponentes supone para el Estado más y mejores oportunidades para la selección. Finalidad que se alcanzará si se realizan procesos contractuales basados en el principio de transparencia.

En el papel creo se han establecidos los mecanismos y procedimientos para que esto sea así pero de igual manera corresponde a las entidades por medio de los Funcionarios designados para el cumplimiento de las funciones de contratación, cumplir cabalmente con la norma y así lograr transparencia y correcta adjudicación de los contratos observando en toda medida lo concerniente a la selección objetiva.

Del estudio realizado en cuanto al significado del principio de transparencia en la contratación estatal, pliego de condiciones las modalidades de selección, se puede concluir que la intención del legislador al realizar la presente reforma era la de buscar los mecanismos idóneos para lograr que los procesos de la contratación estatal se realizan con total transparencia, no solo que sean de

total publicidad sino dando mayores oportunidades a los contratistas sin discriminación alguna.

## **BIBLIOGRAFIA**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-46 del 10 de febrero de 1994. M.P.  
Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

DECRETO 066 DE 2008, POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE  
LA LEY 1150 DE 2007 SOBRE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN,  
PUBLICIDAD Y SELECCIÓN OBJETIVA Y SE DICTAN OTRAS  
DISPOSICIONES.

LEY 80 DE 1993, ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LEY 1150 DE 2007, 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.

ARTIGAS, Mariano. Introducción a la filosofía. Pamplona: Ediciones  
Universidad de Navarra, S.A. 1995, Pág 75, 78

BERG, Ludwig, Etica Social. Madrid: Editorial Rialp S.A., 1964. Pág. 147, 148,  
149, 153, 197, 198.

FORERO FORERO, Claudia Helena. Principios Constitucionales. Manifestación positiva de los principios generales del derecho. Pág. 5. En [www.Filosofíayderecho.com](http://www.Filosofíayderecho.com). fecha de consulta: agosto 3 de 2008.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Bogotá: editorial Temis, 2003, Pág 129, 130

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. La Contratación de las Entidades Estatales Medellín. Librería Jurídica Sánchez. R Ltda. 2003, Pág 53.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág 77, 78, 410.

VALENCIA RESTREPO, Hernan. Nomoárquica, principalista jurídica o los principios generales del derecho. Santafé de Bogotá. Editorial Temis, 1993 pág. 75, 192