

DA0027
2013
ej. 1

1323738

**LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA FUNDAMENTADO
EN LA MORALIDAD DE LA DINÁMICA CONTRACTUAL ESTATAL**

**DAGOBERTO CANTILLO MANOTAS
JUAN DAVID CANTILLO MANOTAS**

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
DIPLOMADO DE CONTRATACIÓN EN LA ESPECIALIZACIÓN
DE DERECHO ADMINISTRATIVO - PROMOCIÓN 29**

**BARRANQUILLA
2013**

 **UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. Introducción	3
2. Desarrollo	5
2.1. La contratación estatal	5
2.1.1. Nociones generales	5
2.1.2. Principales contratos estatales	6
2.1.3. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar	8
2.1.4. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes	11
2.1.5. Competencia	12
2.1.6. Registros de proponentes	13
2.1.7. Procedimiento licitatorio	14
2.1.8. Contenido y ejecución del contrato estatal	18
2.1.9. La urgencia manifiesta	20
2.1.10. El control de la gestión contractual	21
2.1.11. Principios de la Contratación Estatal	24
3. Conclusión	28
 Bibliografía	 29

1. INTRODUCCIÓN

De las contrataciones sucedió en Bogotá D.C. durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010, se ha convertido en uno de los principales símbolos de la corrupción que ha hecho presencia en la celebración de algún tipo de acuerdo de voluntades que se puede llevar a cabo la contratación estatal: contrato de obra, contrato de consulta, etc. Es un suceso que pone en tela de juicio la eficacia de la aplicabilidad de los principios de la administración pública y de la contratación estatal, principalmente los que hacen relación a la moralidad y a la transparencia.

En este caso, si genera corrupción en la celebración de algunos de los tipos de contrato es, desde nuestro punto de vista, por ausencia de una formación ética profesional por parte de quienes incurren en este tipo de actos, y no por desconocimiento de los requisitos de orden legal que hay que tener presente en el momento de ser parte en la celebración de la contratación estatal, desde cualquiera de sus variantes contractuales a los que ya se hizo referencia en el párrafo anterior.

De hecho, la forma de cómo se debe llevar a cabo la celebración de un contrato de carácter estatal, en su aspecto formal, sustancia y en general solemne, es un proceso de conocimiento general por parte de quienes representan las partes contractuales, ya sea desde la representación de cualquiera de los entes territoriales descentralizados al igual que las personas naturales jurídicas o naturales con quien se contrata.

Teniendo en cuenta estas aplicaciones personales, consideramos entonces que la contratación estatal en el país ha venido por años y durante varias décadas sometidas al flagelo de la corrupción por quienes ponen en cuestionamiento la efectividad de la moralidad y transparencia, como principios vectores principales que deben ser los garantes para lograr que el objetivo y la finalidad del contrato estatal se cumpla a

cabalidad en cuanto a la satisfacción de una necesidad de los ciudadanos, en el tiempo estipulado, con los materiales y recursos humanos idóneos, o sobre todo con la inversión total del capital monetario que se estipulan para la ejecución de la obra o el servicio que se estipula en el contrato.

Nuestra opinión escrita desde donde damos nuestras apreciaciones personales en torno a la eficacia que hoy se viene cuestionando de los principios de la administración pública y de la contratación estatal, hemos tomado la producción del presente ensayo, fundamentándonos para ellos en la construcción primero de un marco teórico que soporte los conocimientos que se han construido entorno a todo ese proceso que abarca la celebración de cualquiera de los contratos de esta categoría, como por ejemplo, las partes intervinientes, las incompatibilidades e inhabilidades para contratar la competencia, los registros de proponentes y el procedimiento licitatorio, que son a juicio de los autores del presente escrito, los eventos propensos a ser epicentros donde se generan los actos de corrupción que atentan contra la contratación estatal, y por ende que también ponen en tela de juicio la eficacia de los principios ya citados.

En coherencia con este plan de trabajo que soporta el desarrollo de este ensayo, quienes lo realizan también se dan a la tarea de describir un marco de antecedentes sobre la corrupción estatal, luego una conceptualización generalizada sobre los principios de moralidad y transparencia para finalmente entrar a dar nuestras consideraciones personales en torno a este asunto tan trascendente para el desarrollo de la contratación estatal en el país tal como debe implementarse en dirección hacia alcance de fines del estado respecto al bienestar de sus habitantes.

2. DESARROLLO

Teniendo en cuenta el problema aquí planteado, y el plan de trabajo descrito y con el cual se va a abordar la citada problemática, resulta importante que de manera generalizada enfoquemos y describamos el sentido y la esencia de la contratación estatal en lo que respecta asuntos o elementos específicos, tales como lo que implica la contratación estatal en sí, clase de contrato estatal, partes intervinientes, las incompatibilidades, inhabilidades, la competencia y otros.

2.1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1.1. NOCIONES GENERALES

En este orden de idea, digamos que bajo los postulados del decreto 222 de 1983, la clasificación dual de los contratos, administrativos los unos y de derecho privado de la administración los otros, se desvirtuó. En la práctica, a los segundos se les incluyó las cláusulas exorbitantes de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral, convirtiéndolos, por esta razón, en contratos administrativos.

En contraposición, pues, con la clasificación dual de los contratos (administrativos y contratos de derecho privado) existe ahora en la legislación colombiana el criterio de la denominación unitaria de los contratos de la administración pública, comprendidos todos ellos bajo el título de contratos estatales.

En efecto, la ley 80 de 1993 ha denominado contratos estatales todos los contratos que celebre la administración, y todos se encuentran regidos por el interés general y por el cuidado de los recursos públicos, así como por el principio de la autonomía de la voluntad.

Constituye fundamento constitucional la ley 80 de 1993, lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la carta política de 1991 que otorga el Congreso la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública. En consecuencia, la ley 80 de 1993 rige para todos los órdenes de la administración, ya sea el nacional o el territorial.

2.1.2. PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES

En lo que respecta a los principales contratos estatales, según el autor anteriormente citado los mismos incluyen: contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Son **contratos de obra** los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación, y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.¹

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso público, la interventoría debe ser contratada con una persona diferente de la entidad contratante y del contratista. El interventor responde por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 de la ley 80 de 1993.

Son **contratos de consultoría**, por su parte, son los que celebran las entidades estatales referidas a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad de programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

¹ DIEGO YOUNES MORENO. *Curso Derecho Administrativo. Santa Fe de Bogotá. Régimen del Control Fiscal.* Editorial TEMIS; Ed. Jurídico GUSTAVO IBÁÑEZ. 2005.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor puede darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

En lo que respecta a los **contratos de prestación de servicios**, los mismos son los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo pueden celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.

En lo que tiene que ver con los **contratos de concesión**, estos son los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tazas, valorización, o en la participación que se otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Finalmente, las entidades estatales pueden celebrar **contratos de fiducia pública**, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el consejo Municipal, según el caso.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tienen por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en otras disposiciones legales sobre la materia.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública solo podrán celebrarse por las entidades con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto (ley 80 de 1993), y únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes pueden delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que estos se encuentran presupuestados.²

2.1.3. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR

Apoyándonos en lo que señala Atehortua Ríos (1995), podemos inferir que son inhábiles para celebrar cualquiera de los tipos de contratos anteriormente descrito:

- ✓ Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- ✓ Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

². DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá. Ed. Temis. 1994.

- ✓ Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- ✓ Quienes en sentencia judicial hayan sido condenado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- ✓ Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- ✓ Los servidores públicos.
- ✓ Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- ✓ Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- ✓ Los socios de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria. (art 8º, numeral 1º de la ley 80 de 1993).³

En lo que respecta a las incompatibilidades para contratar, según el autor anteriormente citado no pueden celebrar contratos estatales:

³. CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS. *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Medellín Ed. Dike. 1995

- ✓ Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo, o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivos, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de 1 año, contado a partir de la fecha del retiro.
- ✓ Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero de civil con los servidores públicos de niveles directivos, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o de control fiscal de la entidad contratante.
- ✓ El conyugue, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.
- ✓ Las corporaciones, asociaciones, fundaciones, las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivos, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo, el conyugue, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga o haya tenido participación o desempeño en cargos de dirección o manejo, dentro de los seis (6) meses inmediatamente anteriores a la fecha de apertura de la licitación o concurso o de la celebración del contrato con la entidad respectiva.
- ✓ En las sociedades anónimas abiertas esta inhabilidad únicamente se aplicara cuando las personas mencionadas en el inciso anterior, desempeñen en dichas sociedades cargos de dirección y tengan

capacidad de decisión en relación con la formación, adjudicación o celebración del respectivo contrato.

- ✓ Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad solo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

2.1.4. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES

Renglón de mención aparte, merecen las inhabilidades y las incompatibilidades sobrevinientes. En este caso, cuando sobrevengan causales de inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad, y si no fuere posible, deberá renunciar a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o la sobrevenga en un proponente en el proceso de selección, se entenderá que renuncia a participar en él y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad y la incompatibilidad sobreviven en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, dicho miembro deberá ceder su participación a una tercera previa autorización escrita de la entidad.

No quedan comprendidas por las inhabilidades e incompatibilidades antes previstas, las personas que contratan por obligación legal i lo hagan para usar los bienes o servicios que las autoridades ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes las solicitan, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contrataos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución que dice: “el Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su

participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentara la materia”.

2.1.5.COMPETENCIA

Ahora bien, en lo que respecta a la competencia, apoyándonos en Rodríguez Gustavo (1994).⁴ La competencia incluye el tener en cuenta que:

- ✓ Es componente para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.
- ✓ La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger al contratista, será el Jefe o representante de la entidad.
- ✓ Son competentes para celebrar contratos a nombre de la entidad representativa en el orden nacional, los siguientes funcionarios: los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, los presidentes del Senado de la República, el presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Registrador Nacional del Estado Civil.

⁴. GUSTAVO E. VALERO RODRÍGUEZ, *Especialista en Derecho Administrativo. Revista semana, Publicación del 2 de Febrero del 2012. Entrevista.*

- ✓ Son competentes en el nivel territorial los siguientes servidores: los gobernadores, los alcaldes municipales y de los distritos capitales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos legales que regulen su organización y funcionamiento.
- ✓ Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.
- ✓ Los jefes y representantes legales de las entidades podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo en sus equivalentes.⁵

2.1.6. REGISTROS DE PROPONENTES

El autor en referencia, en lo que tiene que ver con el registro de proponente, manifiesta que todas las personas que aspiran a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se deben inscribir en la cámara de comercio de su jurisdicción.

La certificación de la cámara de comercio servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades del representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito.

⁵. GUSTAVO E. VALERO RODRÍGUEZ. *Los Nuevos Contratos Administrativos*. Bogotá; Ed. Jurídicas Wilches. 1994. Blog <http://gustavoalero-derechoadministrativo.blogspot.com/>. Publicación abril 2013.

No se requiere de este registro, ni de la calificación ni clasificación correspondiente, en los siguientes casos:

1. En los casos de contratación de urgencia,
2. En la contratación de menor cuantía,
3. En la contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas,
4. En los contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole.
5. Cuando se trate de la adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.

2.1.7. PROCEDIMIENTO LICITATORIO

Abordemos ahora el procedimiento licitatorio, y el cual con la interpretación de las teorías de los autores que aquí hemos citado, podemos decir que es el trámite mediante el cual, previa invitación, se selecciona entre varias personas en igualdad de posibilidades la que ofrezca mejores condiciones para contratar. Este procedimiento tiene, pues, por finalidad escoger al contratista en forma democrática, evitando cualquier favoritismo en la adjudicación de los contratos.

Así mismo, la ley 80 de 1993 establece la regla general de que la administración para contratar, siempre deberá hacerlo mediante el procedimiento de la licitación o del concurso, y solo por excepción, en los casos señalados, puede hacerlo directamente.⁶

⁶. Expedición de la Ley Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Bogotá. 28 de Octubre de 1993.

En lo que respecta a las excepciones, de acuerdo con el art. 24 de la ley citada con anterioridad, estas incluyen:

- a) **La menor cuantía:** Se entiende por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan. Determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.
- b) **Los contratos de empréstito**
- c) **Los contratos interadministrativos**, con excepción del contrato de seguro.
- d) **Los de prestaciones de servicios profesionales o de ejecución de trabajos artísticos**, que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.
- e) **Los contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles**
- f) **La urgencia manifiesta**
- g) **La declaratoria de desierta** de la licitación o concurso.
- h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajusta al pliego de condiciones, o a los términos de referencia, o en general cuando falte voluntad de participación.
- i) Cuando se trate de bienes y servicios que se requieran para la defensa y su seguridad nacionales.
- j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

- k) Cuando se trate de productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.
- l) los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

Finalmente en lo que tiene que ver con este proceso licitatorio, la ley que nos viene sirviendo de apoyo (art 30 de la ley 80 de 1993) señala que sus etapas son:

- ✓ La elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos o términos de referencia.
 - ✓ Los avisos publicitarios de la licitación.
 - ✓ La audiencia informativa sobre la licitación.
 - ✓ La realización de los estudios de las propuestas.
 - ✓ La adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación.
 - ✓ La suscripción del contrato.
- a) **La elaboración de estudios:** antes de efectuar la apertura de la licitación o de la firma del contrato según el caso, se deben elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, así como los pliegos o términos de referencia.
- b) **La apertura de la licitación:** la apertura de la licitación o del concurso, según el caso se ordena mediante acto administrativo

motivado, proferido por el jefe o representante de la entidad estatal.

c) Los avisos publicitarios: dentro de los 10 a 20 días calendarios anteriores a la apertura de la licitación o concurso, se deben publicar hasta tres avisos, con intervalos entre dos y cinco días calendarios, según la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

d) La audiencia informativa: a solicitud de cualquiera de las personas que hubieren retirados pliegos de condiciones o términos de referencia y dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de la propuesta, se debe celebrar una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos, y para oír a los interesados. De la audiencia se debe levantar un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de dicha audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe de la entidad debe expedir las modificaciones pertinentes, y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis días hábiles.

e) La evaluación de la propuesta: las propuestas de los oferentes deben ser objeto de los correspondientes estudios técnicos, económicos y jurídicos, para que la entidad pueda formarse una idea de las condiciones que las diferentes personas le ofrecer para contratar.

Los referidos estudios se deben poner a disposición de los oferentes para su conocimiento, quienes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

f) La adjudicación: los plazos para efectuar la adjudicación señalaran en los pliegos de condiciones, de acuerdo con su naturaleza, objeto y cuantía.

La entidad puede prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

g) La suscripción del contrato: por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito sin que requieran ser elevados a escritura pública, salvo aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general, aquellos que conforme a las normas legales deban cumplir con dicha formalidad.

2.1.8. CONTENIDO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

En este mismo orden de idea, digamos que el contenido del contrato estatal comprende:

Estipulaciones

Las estipulaciones o cláusulas de los contratos estatales, son las que de acuerdo con las disposiciones civiles, comerciales y las previstas en la ley 80 de 1993, correspondan a su esencia y naturaleza.

En los contratos estatales pueden incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a las disposiciones normativas, al orden público y a los principios y finalidades de la ley de contratación y a los de la buena administración.

Anticipo

En los contratos estatales se puede pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del 50% del valor del respectivo contrato.

Adición

Los contratos no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial expresado éste en salarios mínimos legales mensuales (parágrafo del art 40 de la ley 80 de 1993).

En lo que se refiere a la ejecución del contrato, este acto requiere la aprobación de la garantía y de la existencia de la disponibilidad presupuestal, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.⁷

Los contratos estatales son *intuitu personae* (en consideración al contratista) y por consiguiente, no pueden cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

Para los efectos presupuestales que genere el contrato estatal, la administración realizara directamente los ajustes o modificaciones presupuestales necesarias, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto.

Las operaciones de crédito público: se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar de recursos a la entidad estatal, con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, prescripción y colocación de

⁷. LIBARDO RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá. Ed. Temis.

bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.

2.1.9. LA URGENCIA MANIFIESTA

Otro capítulo aparte de opinión aparte lo amerita la urgencia manifiesta, la cual se debe implementar en los siguientes casos:

1. Cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
2. Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.
3. Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden situaciones inmediatas, y
4. En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia se declara mediante acto administrativo motivado. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se pueden hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

Cuando se den las situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de este y aún del acuerdo sobre la remuneración. No obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

El uso indebido de la contratación de urgencia es causal de mala conducta. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.

2.1.10. EL CONTROL DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL

Finalmente, un tema muy importante que tiene relación con la celebración debida y eficiente de la contratación estatal está relacionado con los órganos de control de este tipo de contrato.

En este caso, de conformidad con el nuevo estatuto contractual, los siguientes organismos ejercen control en la gestión contractual: el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la comunidad, las dependencias de control interno.

El Ministerio Público

En el caso del Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación y los demás agentes de este tipo de Ministerio Público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantan las investigaciones sobre las observaciones de los principios y fines de la contratación estatal y promueven las acciones tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten la ley contractual.

La Procuraduría adelantaría visitas a las entidades estatales, oficiosamente y con la periodicidad que demande la protección de los recursos públicos y el imperio de la moralidad, legalidad y honestidad en la administración.

Durante las visitas, se oirá a las asociaciones gremiales y comunitarias del lugar y se dará oportunidad a los administrados para que hagan las denuncias y presenten las quejas que a bien consideren.

Las conclusiones de las visitas se dejarán en informes escritos que se pondrán en conocimiento de la comunidad y de ellos se correrá traslado a los jefes de las entidades y a quienes aparezcan implicados en la comisión de conductas antijurídicas.

La Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía general de la Nación por su parte de oficio o por denuncia, investiga las conductas constitutivas de hechos punibles en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes.

El control a través de la Fiscalía podrá ser más constante, en virtud de que la ley de contratación estatal prevé que copia de los informes de las visitas periódicas que realice el Ministerio Público a las entidades estatales, se trasladen a ella, cuando las conductas contractuales puedan constituir hechos punibles.

Igualmente, el artículo 271 de la Constitución Política prescribe que los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría, tienen valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y ante el juez competente.

Las contralorías

En lo que respecta a las contralorías, la intervención de las autoridades de control fiscal se ejercen una vez se hayan agotado los trámites administrativos de legalización de los contratos.

De conformidad con los artículos 267 y 272 de la Constitución Política, la Contraloría General y las Contralorías Regionales ejercerán el control fiscal en forma posterior y selectiva, directamente o mediante empresas privadas conforme a los procedimientos y principios que establezca la ley.

Igualmente el control posterior se ejerce respecto de las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la seguridad y la valoración de costos ambientales.

El control financiero tiene por objeto establecer si los estados financieros reflejan razonablemente las operaciones de una entidad, comprobando si sus operaciones y transacciones cumplieron las normas correspondientes y los principios de contabilidad universalmente aceptados.

La participación comunitaria

Finalmente, hay que señalar también que todo contrato estatal está sujeto a la vigencia y control ciudadano.

Las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares que constituyan hechos punibles o faltas en materia contractual (art 270 de la C.N.).⁸

⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. Bogotá. 1991. Art. 270.

El control interno

Las entidades públicas están obligadas a diseñar y aplicar según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas (art 269 de la C.N).

2.1.11. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Siguiendo este mismo orden de idea, abordemos ahora los principios especiales que se deben observaren el proceso de la contratación estatal, haciendo especial referencia a los principios de moralidad y transparencia, que son objeto de análisis en cuanto a su eficacia y aplicabilidad en el desarrollo de la contratación estatal. Son estos principios especiales, los siguientes: de economía, de responsabilidad, de mantenimiento de la ecuación contractual, la igualdad y el equilibrio, de transparencia derivado de la moralidad.

La **transparencia**, incluye por regla general, salvo expresa excepción la escogencia del contratista mediante el proceso de licitación o concurso público. Los interesados podrán conocer y controvertir las actuaciones administrativas las cuales, a su vez serán públicas. Los actos administrativos, salvo lo de trámite, serán motivados.

Dentro de la contratación estatal en lo que respecta al pliego de proponentes y el proceso licitatorio, estos están sometido a este principio de transparencia, al igual que al principio de la selección objetiva e igualdad, en virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas a las mismas reglas del pliego de condiciones. Así lo ha precisado la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida el 19 de julio de 2001, expediente 12037:

“Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.”

Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley y al pliego de condiciones, sin perjuicio de que éste último pueda interpretarse frente a situaciones no reguladas expresamente en él.

3. CONCLUSIÓN

Con todo este proceso descriptivo y explicativo de lo que implica la contratación estatal, quienes han realizado este ejercicio han podido fortalecer las dimensiones cognitivas, epistemológicas y procedimental entorno al saber y entender de los elementos y requisitos que estructuralizan y dinamizan este tipo de contratación. En este caso, las competencias construidas nos dan la certeza para firmar que el operacionamiento de la contratación estatal en lo que respecta a quien lo otorga, y a quien lo ejecuta, a simple vista pareciera que es un proceso blindado o acorazado contra todo tipo de acto de corrupción que pueda provenir de estos actores.

En efecto, el registro de proponente, las inhabilidades, las incompatibilidades para contratar y el proceso licitatorio, son entre otros requisitos que implica, en cuanto a su cumplimiento, el pasar por una serie de controles y filtros dispuestos por la ley y abalaoos por la función de órganos de función de carácter constitucional, administrativo, fiscal, legal y cívico ciudadano.

Además de estos controles, el estado colombiano a partir de quienes legislan, ha creado el estatuto de corrupción con el fin de prevenir y controlar los actos que atenten contra el manejo correcto de los bienes, recursos, y capital monetario que se inviertan en la realización de obra, de la prestación de servicio y bienes a favor de las necesidades básicas de cada una de las entidades descentralizadas que hacen parte del estado colombiano.

Se tiene entonces que, si la corrupción que se viene manifestando en la celebración de contratos estatales no se debe a la flexibilidad, vacíos, laxitud o puntos débiles o flacos que pueden presentar los requisitos y procedimiento en general que se deben seguir para poder ejecutarlos,

entonces busquemos la causa de esta problemática por el lado del seguimiento y correcta aplicación de los principios rectores que cobijan a este tipo de contratación, principalmente en el principio de transparencia fundamentado en la moralidad.

En efecto, ante los actos de índice de corrupción que se presenta en la contratación estatal del país, en los cuales se pasan por alto los requisitos y organismos de control que tratan de evitar la ocurrencia de tales actos, es posible manifestar que la deficiente formación valorar en lo que respecta la moral y transparencia de ciertos funcionarios y profesionales que contrata el estado, ya sean como persona natural o jurídica, es el principal detonante de este fenómeno que desangra la arcas de los entes territoriales con que celebran contratos.

Esta realidad, conlleva a reflexionar y plantear una serie de interrogantes en torno al papel que pueda estar jugando las instituciones técnicas, tecnológicas y profesionales en la formación de quienes de alguna manera piensan interactuar con la función pública y por ende con la contratación estatal.

Se exige entonces, desde esta tribuna escrita un replanteamiento de los currículos y planes de estudio de estas instituciones, en lo que respecta en las cátedras que tengan relación con la formación moral de sus egresados, principalmente los que culminan una carrera relacionada con la administración pública.

Así mismo, además de lo que las instituciones académicas, técnicas, tecnológicas y profesional puedan hacer respecto a la formación axiológica de este tipo de egresados, también es necesario que se modifique la ley administrativa y penal que sanciona y castiga en quienes incurrir en este tipo de acto de corrupción.

Este tipo de modificación necesariamente debe implicar el endurecimiento y el aumento de estas sanciones y castigos, acompañadas de la expropiación total de los bienes que se adquieren con estas prácticas. Nada de sanciones leves, y si por el contrario, sanciones ejemplarizantes para quienes son un delincuente iguales o peores que aquellos que hurtan, secuestran o matan.

En este tipo de contratista, no existe la moralidad y por ende la transparencia, pues los mismos son seres inescrupulosos, deshonestos y ambiciosos en demasía, aplicadores del fin justifica los medios, los que los lleva a primar sus intereses particulares sobre lo general.

Tenemos mucha tramitología y requisitos que hay que satisfacer para ceder a un contrato estatal, y por mucho que proliferen órganos de vigilancia y control sobre la contratación estatal, esta deficiencia axiológica en los sujetos intervinientes en ella, propicia el caldo de cultivo de todos los actos indebidos que se articulan y crean las extrañas, cuerpo y tentáculo de un monstruo llamado corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

1. DIEGO YOUNES MORENO. Curso Derecho Administrativo. Santa Fe de Bogotá. Régimen del Control Fiscal. Editorial TEMIS; Ed. Jurídico GUSTAVO IBÁÑEZ. 2005.
2. DIEGO YOUNES MORENO. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá. Ed. Temis. 1994.
3. CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS. Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal. Medellín. Ed. Dike. 1995
4. GUSTAVO E. VALERO RODRÍGUEZ, Especialista en Derecho Administrativo. Revista semana, Publicación del 2 de Febrero del 2012. Entrevista.
5. GUSTAVO E. VALERO RODRÍGUEZ. Los Nuevos Contratos Administrativos. Bogotá; Ed. Jurídicas Wilches. 1994. Blog <http://gustavovalero-derechoadministrativo.blogspot.com/>. Publicación abril 2013.
6. Expedición de la Ley Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Bogotá. 28 de Octubre de 1993.
7. LIBARDO RODRÍGUEZ. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá. Ed. Temis.
8. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. Bogotá. 1991. Art. 270.