PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Contraloría General DE SANTANDER

Le da alcance la Resolución 456 de 2010

CIRCULAR CONJUNTA No. 034

PARA: GERENTES, DIRECTORES O REPRESENTANTES LEGALES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS A NIVEL NACIONAL, NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DE PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA
CONTRALOR GENERAL DE SANTANDER

ASUNTO: GESTIÓN CONTRACTUAL Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

FECHA 28 OCT 2011

Oct. 28-11

Respetados Servidores:

El Auditor General de la República, el Contralor General de Santander y el Procurador General de la Nación celebraron un convenio interadministrativo con el objeto de promover e impulsar de forma conjunta acciones preventivas que propendieran por el eficiente cumplimiento de la normatividad vigente que regula la contratación estatal, en los temas y con las estrategias que se definieran en los correspondientes planes operativos.

El Primer plan operativo de este acuerdo tuvo como objetivo principal promover el cumplimiento de la normatividad que rige la contratación estatal de las autoridades departamentales y municipales de Santander, de régimen excepcional al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública, desde los puntos de vista fiscal, disciplinario y preventivo.

Por ello, a lo largo de un año aproximadamente, las partes, actuando en el marco de sus competencias constitucionales y legales, de forma coordinada para el cumplimiento de los fines de Estado, desarrollaron un estudio de la gestión contractual de las entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el departamento de Santander.

Como una actividad derivada del Plan Operativo, se adelantó una capacitación en buenas prácticas para la gestión contractual y se aplicó una encuesta para verificar las principales problemáticas que se presentan en esta actividad.

Producto del análisis realizado se presenta el documento de estudio adjunto que invita a los Directores, Gerentes o representantes legales de las entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación, a nivel nacional, a revisar su normatividad y prácticas

internas, con el fin de dar cumplimiento a los principios constitucionales que rigen la función administrativa y la gestión fiscal.

Se expide en Bogotá, D. C., a los 28 OCT 2011

PGN **AGN**

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

JAIME ARDILA BARRERA
Auditor General de la República

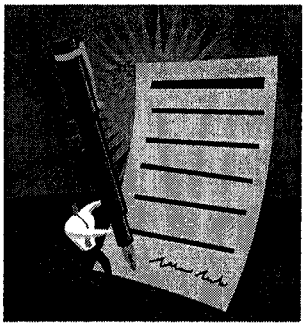
CGS

JAIME LÓPEZ REYES
Contralor General de Santander

Elaboró: MLCC

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034

RECOMENDACIONES PARA OPTIMIZAR LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE NO SE RIGEN POR EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



La gestión contractual del Estado es un instrumento para 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.

Por ello, esta actividad es regulada por principios que buscan evitar decisiones caprichosas, negligentes o interesadas de los administradores públicos, no para anular su **VOLUNTAD** y criterio frente a las situaciones que deben atender, sino para que en el marco de los postulados que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, adopten medidas encaminadas a garantizar, en primer lugar, el interés general, y, en segundo, la adecuada inversión de los recursos públicos.

Este axioma quedó claramente expuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 cuando señaló:

> *"Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los*

principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."

Para el presente documento se efectuó una revisión jurisprudencial que se invita a consultar con el fin de que las políticas y normas internas que rigen la gestión contractual de las entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, concreten estos principios para alcanzar la eficacia, eficiencia y efectividad de la gestión que desarrollan, obteniendo estándares de calidad que les permitan cumplir con sus funciones constitucionales y legales y competir, con ventaja, en los mercados nacionales e internacionales, según sea el caso.

1. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 209 de la Constitución Política señala:

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

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

La Constitución Política incluye otros principios fundantes del ordenamiento legal y orientadores del comportamiento, tanto de las autoridades públicas, como de los particulares. Estos principios son igualmente derroteros de la función administrativa, porque privilegian el respeto y garantía de los derechos humanos y la vida armónica en comunidad.

Así lo entendió la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez, al manifestar:

"La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado."

Actuar en el marco de estos principios constitucionales y de las reglas jurídicas que los concretan no es otra cosa que dar cumplimiento al postulado de la **MORALIDAD ADMINISTRATIVA**; derecho colectivo contemplado en el artículo 4, literal b), de la Ley 472 de 1998, que la jurisprudencia[1] ha definido como el "*ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del*

[1] *Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, el 3 de diciembre de 2007, en los radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); (25206); (25409); (24524); (27834); (25410); (26105); (28244); (31447) - Acumulados.*

cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares".

¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE CADA UNO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO?

Para resolver esta cuestión resulta conveniente revisar la sentencia proferida por la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejera ponente: **RUTH STELLA CORREA PALACIO**, el 3 de diciembre de 2007.

En esta providencia se señala cuál es la naturaleza y la finalidad de la consagración de principios enunciados en la Constitución Política, en los siguientes términos:

> *"Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar*

esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectiva acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas."

Quiere decir lo anterior que quienes participan y son responsables de la gestión contractual de las entidades públicas, sometidas o no al Estatuto General de Contratación, están llamados a resolver las situaciones y hechos cotidianos de su labor atendiendo estos postulados, que en muchos casos se concretan en reglas jurídicas contenidas en leyes, reglamentos, estatutos, manuales de funciones, procesos y operaciones, y demás instrumentos regulatorios de una actividad, y, que en otras ocasiones, exigen de un ejercicio de interpretación por falencia o insuficiencia de *normas positivas*, aplicables para resolver problemas o conflictos específicos.

Ahora bien, para llevar a cabo este ejercicio de interpretación se requiere reflexionar sobre el contenido de los principios aludidos y su expresión en la gestión contractual del Estado.

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034.

1.1 DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AL PRINCIPIO DE EFICACIA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas[2] están llamados a desarrollar la gestión encomendada para que se cumplan los fines del Estado mismo, consagrados en el artículo 2 Superior, que reza:

---

[2] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003. Magistrado Ponente. *"Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política.*
Ha dicho la Corte:
"De otra parte, la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo113 de la Ley 489 de 1998, de la cual forman parte las disposiciones ahora bajo examen. Dicha norma literalmente indica lo siguiente:
"Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.
"Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado."
De manera general, corresponde pues al legislador señalar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los particulares que vayan a desempeñar funciones públicas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política.
9. De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034

> *"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."*

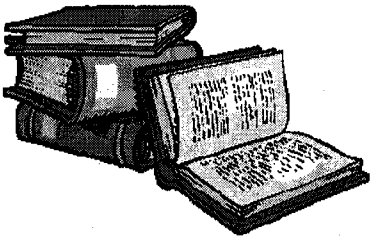
La Corte Constitucional[3] definió la función pública de la siguiente manera.

> *"Así las cosas, la noción de "función pública" atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.*
>
> *Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3)."*

El principio de legalidad implicaría entonces que los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, que intervienen en la actividad contractual del Estado, **CUALQUIERA SEA SU RÉGIMEN** legal, sólo **PUEDAN** y **DEBAN** ejercer las funciones y competencias que les han sido asignadas, en el marco de la normatividad vigente.

Constitución Política. A esta realidad se refieren los incisos 2° y 3° del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta."

[3] IDEM.



Dice la jurisprudencia al respecto:

> *"En tal sentido, así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado -y la contratación lo es- se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."*

Ahora bien, para las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, las funciones o actividades relacionadas con la gestión contractual pueden estar determinadas en las normas de creación, en los estatutos, en los manuales de funciones, procedimientos o de operación adoptados internamente, así como en la legislación civil y comercial que los rige.

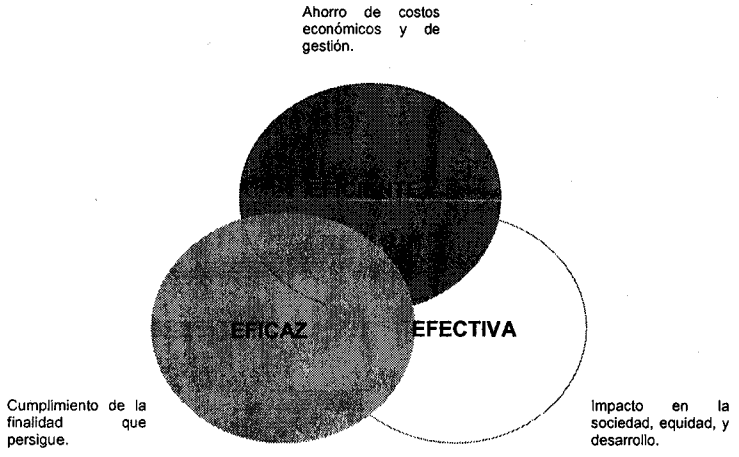
En tal sentido, para cumplir el principio de legalidad, el personal responsable de desarrollar la actividad contractual debe conocer y acatar la regulación legal y reglamentaria, siempre en el marco de los principios constitucionales que la animan.
De allí la importancia de que esta normatividad interna concrete los principios que rigen la función pública, estandarice los procedimientos y estimule las buenas prácticas, con el fin de que esta gestión sea:

- **EFICAZ,** para que la contratación satisfaga la necesidad que la originó, y por tanto, el interés general que la motiva. Aquí se concreta de forma **FEHACIENTE** el

principio de **EFICACIA**, según el cual los procedimientos están llamados a cumplir la finalidad perseguida.

- **EFICIENTE**, para que la contratación se realice en el menor tiempo posible y con la menor inversión de recursos, directriz que concreta a su vez el principio de economía.

- **EFECTIVA**, para que la contratación impacte favorablemente la misión de la entidad, y a través de su cumplimiento, la comunidad a la que se dirige.



De conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación están sometidas al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses previsto legalmente para contratar con el Estado.

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034.

Se ha observado que algunas entidades públicas de régimen especial, contemplan en sus manuales de contratación o en las condiciones o términos de referencia de los procesos de selección que adelantan, requisitos de participación que pueden cercenar de forma injustificada la libre concurrencia, al convertir hechos y situaciones no previstas en el régimen constitucional y legal, como inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de intereses.

Por ejemplo, algunas entidades exigen que los interesados no se encuentren incluidos dentro de la denominada *"LISTA CLINTON"*. Sobre el tema se debe destacar que la Orden Ejecutiva No. 12.798 del Gobierno de Estados Unidos no rige en el país y, por tanto, toda vez que la ley ha determinado claramente las causales de restricción de participación a la hora de contratar con el Estado, sea cual sea la modalidad de selección y la legislación aplicable, podría ser IMPROCEDENTE fijar esta normatividad externa como criterio de rechazo de un ofrecimiento.

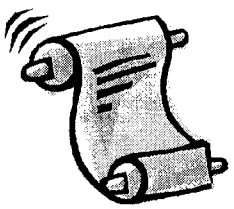
Para revisar este argumento se recomienda la lectura de la sentencia T-468 de 2003, Magistrado Ponente Dr. **RODRIGO ESCOBAR GIL**:

> *"(...) La Corte considera oportuno reiterar que la Orden Ejecutiva No. 12.978, no constituye una decisión judicial o administrativa propia de alguna autoridad del orden nacional sino que, por el contrario, es una decisión autónoma de un gobierno extranjero (EE. UU).*

Por esta razón, dicha orden en sí misma considerada no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano y no puede aplicarse coercitivamente como una norma jurídica al interior del país.

(...) Dentro de este contexto, en aplicación a las políticas de prevención del lavado de activos a que hacen referencia la Ley 526 de 1999, el Decreto 1497 de 2002 y la Circular Externa 046 de 2002 (Superintendencia Bancaria), la Lista Clinton debe considerarse como un elemento de valoración probatoria que puede ser tenido en cuenta por las instituciones financieras al momento de evaluar el acceso de los particulares a la prestación de los servicios financieros. Máxime si dichas instituciones están directamente comprometidas a nivel nacional e internacional en las políticas de control y erradicación al lavado de activos (...)"

Situación similar se configura respecto a la exigencia de que los interesados en una convocatoria pública no se encuentren incluidos en la lista "**ONU**". Al respecto vale recordar que el artículo 20 de la Ley 1121 de 2006, estipula:



(...) Procedimiento para la publicación y cumplimiento de las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia de conformidad con el Derecho Internacional. El Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá las listas de personas y entidades asociadas con organizaciones terroristas, vinculantes para Colombia conforme al Derecho Internacional y solicitará a las autoridades competentes que realicen una verificación en las bases de datos con el fin de determinar la posible presencia o tránsito de personas incluidas en las listas y bienes o fondos relacionados con estas.

Las autoridades consultadas deberán realizar las verificaciones pertinentes e informar a la Fiscalía General de la Nación, quien evaluará la pertinencia de la información y comunicará

los resultados obtenidos al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los particulares que conozcan de la presencia o tránsito de una persona incluida en una de las listas mencionadas o de bienes o fondos relacionados con estas deberán informar oportunamente al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS y a la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, para lo de su competencia. Al suministro de esta información se le aplicará el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 42 de la ley 190 de 1995.

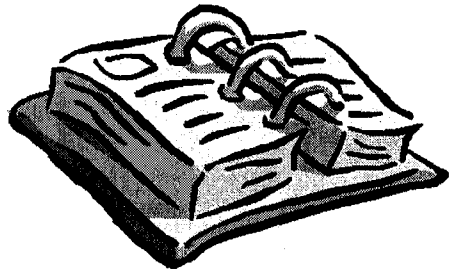
Parágrafo. Si alguna persona considera que fue indebidamente incluida en una lista internacional en materia del terrorismo o financiación del terrorismo, vinculante para Colombia conforme al Derecho Internacional, podrá solicitar al Defensor del Pueblo iniciar las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante la respectiva instancia internacional, destinadas a proteger los derechos del afectado. El trámite de esta solicitud no suspenderá los términos y procedimientos mencionados en el inciso anterior (...)"

Existe un procedimiento legal para la validación de las listas internacionales vinculantes para Colombia de conformidad con el Derecho Internacional, que debe cumplirse para que la información allí contenida pueda ser utilizada oficialmente y producir efectos en el marco del ordenamiento jurídico del país.

Por lo expuesto, se aconseja verificar la pertinencia legal de fijar causales de rechazo de ofertas con fundamento en situaciones que no constituyen inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de intereses en los términos constitucionales o legales.

Toda vez que es una obligación verificar que quienes contraten con el Estado no se encuentren incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad, se invita a las

entidades públicas de régimen excepcional a consultar el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad, SIRI, que administra la Procuraduría General de la Nación, en los términos de las Leyes 190 de 1995 y 1238 de 2008.



Desde la perspectiva del control se ha descubierto que dentro de los denominados Manuales de Contratación, algunas entidades no sometidas al cumplimiento de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en las condiciones de contratación de sus convocatorias públicas o dentro de las minutas de los contratos, incluyen la cláusula de imposición y cobro de multas y algunas cláusulas excepcionales.

Las cláusulas excepcionales al derecho común son aquellas contempladas en el artículo 14 y desarrolladas en las disposiciones subsiguientes de la Ley 80 de 1993, es decir, son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y de reversión. La Sala de Consulta y Servicio Civil[4], en el concepto de radicación No. 1293 de 14 de diciembre de 2000, manifestó sobre la naturaleza y alcance estas cláusulas lo siguiente:

> *"Para el cumplimiento de los fines de la contratación, el régimen de excepción de las entidades estatales se desprende de las atribuciones de dirección general y de la responsabilidad para el control y vigilancia en la ejecución del contrato; también de las facultades sancionatorias que el legislador otorga a la administración, con el objeto de asegurar la continua y adecuada prestación de los servicios públicos y ejecución de los*

[4] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Diciembre catorce de 2000. Radicación número: 1293

contratos, o evitar la paralización o su afectación grave, siempre con el deber de mantener las condiciones técnicas, financieras y económicas pactadas en favor del contratista (arts. 4º, 14 a 19).

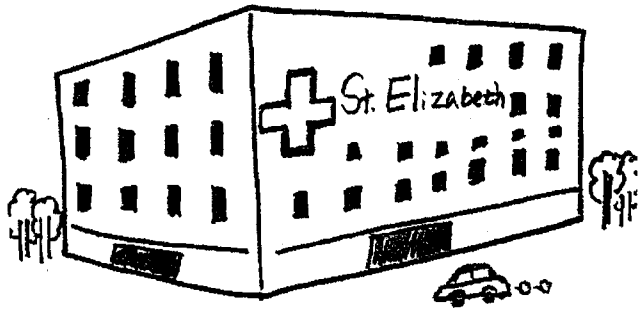
Estas facultades excepcionales tienen fundamento en competencias unilaterales, en expresión doctrinaria, "en los atributos de poder propios de la Administración Pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas, no en cláusulas contractuales. El Estado por tanto, ejerce las atribuciones de dirección, control y vigilancia para asegurar la ejecución del contrato y en desarrollo del poder de policía administrativa de que está investido, mediante actuaciones dentro de la gestión contractual de la Administración, regida por las normas especiales previstas en la ley 80 y el Código Contencioso Administrativo.

Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados "autotutela declarativa", dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial.".

La excepcionalidad de estas cláusulas exige que se interpreten y apliquen de forma taxativa, en las condiciones y términos previstos en la ley; por ello, sólo pueden ser pactadas cuando la normatividad vigente lo autoriza.

Este es el caso de las **EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO**, que de conformidad con lo contemplado en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, tienen un régimen de contratación privado, pese a lo cual en los contratos que celebren pueden pactar cláusulas excepcionales al derecho común. Sucede igual con las **EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES**, que, como lo estipula la Ley 689 de 2001, están

exceptuadas de la aplicación del Estatuto General de Contratación para la Administración Pública, no obstante lo cual, pueden pactar éstas cláusulas, cuando las Comisiones de Regulación así lo determinen.



Ahora bien, frente al pacto de multas, la jurisprudencia ha precisado que no es procedente su imposición y cobro unilateral cuando los contratos estén sometidos al régimen privado.

Es así como en reciente pronunciamiento[5] el Consejo de Estado anotó:

> *"Sobre el tema resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Sala, contenido en sentencia de 21 de octubre de 1994, Expediente 9288, en el cual se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado. Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detenten la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de*

[5] *Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Sentencia de 23 de septiembre 2009. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639)*

la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual."

Por lo anotado, se recomienda obrar con cautela en el pacto de las cláusulas aludidas, verificando si resulta legal su inclusión en los contratos que se celebran.

1.2. DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO AL PRINCIPIO DE BUENA FE

El artículo 29 de la Constitución Política señala que en el desarrollo de las actuaciones administrativas se debe respetar el debido proceso.

Frente a este principio el Consejo de Estado expresó recientemente[6]:

"En suma, este principio no sólo se trata del cumplimiento de las normas que establecen el procedimiento y el conjunto de principios que informan y orientan la actividad de la contratación pública -respeto de la legalidad objetiva-, sino de la salvaguarda de las

[6] *Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, el 3 de diciembre de 2007, en los radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) - Acumulados.*

garantías en que consiste este derecho y la protección contra la arbitrariedad de la administración."

En materia de gestión contractual del Estado esto implicaría:

- Las reglas de la gestión contractual deben ser claras, precisas y deben permitir que se adopten decisiones objetivas y fundamentadas. Esta premisa aplica frente a todas las condiciones de contratación, bien sea para celebrar de forma directa el contrato o para tramitar una convocatoria pública con el objeto de seleccionar al contratista.

- En coherencia con el razonamiento anterior, con el fin de garantizar la imparcialidad de las actuaciones, la normatividad interna que adopten las entidades debe permitir que se deje constancia de la actividad que realiza cada una de las áreas involucradas en la gestión contractual, teniendo claridad respecto a la responsabilidad a su cargo, así como de los procedimientos que aplican en cada caso. Ello, con el fin de que se verifique el cumplimiento de **TODOS** los requisitos previos necesarios para la adopción de las decisiones en esta materia.

Aunado a lo anterior, para evitar la arbitrariedad de la administración, el personal responsable de la gestión contractual debe ser idóneo y estar capacitado para asumir su labor u obligación.

- En el trámite de los procesos de selección contractual se deberá respetar la presunción constitucional de buena fe, que es principio rector del sistema jurídico mismo. Así lo ratificó la Sección Tercera del Consejo de Estado[7], al indicar:

[7] *Ídem*

> *"Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho. En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido."*

La universalidad de este principio dentro del sistema normativo se evidencia también en la legislación civil y comercial, en especial en los artículos 1603 del Código Civil y 835, 863 y 871 del Código de Comercio.

Las inhabilidades e incompatibilidades, de interpretación taxativa y de orden legal, limitan este principio y, por tanto, facultan a las entidades públicas contratantes a rechazar los ofrecimientos que se presenten en trámite de un proceso de selección o en una contratación directa.

Frente al tema, es menester recordar el pronunciamiento efectuado sobre las implicaciones del principio de buena fe, en el trámite de una convocatoria pública[8]:

> *"(...) La presentación de las ofertas por parte de los licitantes lleva consigo la manifestación expresa o tácita sobre la veracidad del contenido de los formularios y documentos anexos y, en todo caso, como ya se dijo, en la etapa contractual cobra especial importancia el principio de la buena fe de la entidad y de los proponentes, como principio general de derecho consagrado tanto en el artículo 83 de la Constitución Política, como*

[8] *Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil Consejero Ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH. Septiembre 14 de 2001. Radicación número: 1373*

específicamente en el derecho de los contratos del Estado, en el artículo 28 de la ley 80 de 1993.

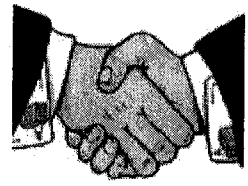
La jurisprudencia La Corte Constitucional ha sostenido sobre dicho principio[9]: "...De todo lo cual se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las excepciones al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley(...)

Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso (...)".

Al respecto, revisando los manuales de contratación de las entidades no sometidas al Estatuto General de la Contratación, se ha establecido que algunas exigen como requisito de habilitación, la suscripción, por parte del proponente, de pactos de integridad, de probidad o compromisos anticorrupción.

[9] *Corte Constitucional. Sentencia del 15 de julio de 1992. T-460.*

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034.



Los pactos de probidad, han surgido al ámbito público desde el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. En el documento **APUNTES EN TORNO A ALGUNOS ASPECTOS LEGALES DE LOS PACTOS DE INTEGRIDAD**[10], la Corporación Transparencia por Colombia, precisó el alcance de estos acuerdos o declaraciones, así:

> *"Finalmente, es importante resaltar, de una parte, que el Pacto de Integridad como acuerdo de voluntades, debe ser el resultado de un proceso de construcción de integridad en la licitación de que se trate, que combine medidas y prácticas que contribuyan a generar confianza en el proceso de contratación, y de otra parte, tener en cuenta que es ante todo una herramienta preventiva, es decir, por sí misma no es garantía de la ausencia de corrupción.*
>
> *En el proceso de su adaptación para las condiciones de Colombia, se ha buscado que su carácter de acuerdo voluntario y su utilización como dispositivo para discutir abiertamente los riesgos de corrupción en las agendas de las negociaciones entre sector público y privado, contribuya efectivamente a cambios culturales voluntarios en dirección a la construcción de integridad en el país, por ello nuestra invitación es a utilizarla y a mejorarla cada vez más."*

Estos pactos han pretendido afianzar el principio de buena fe que debe motivar a las partes en una relación contractual con el Estado, ratificando el acatamiento de las normas que regulan los procesos de selección y el trámite transparente de las convocatorias.

---

[10] http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/publicaciones/apuntespactosespanol.pdf. CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, CAPÍTULO TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Apuntes en torno a algunos aspectos legales de los Pactos de Integridad.

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034.

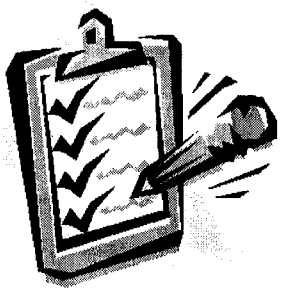
Ahora bien, como lo expone TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, los pactos de probidad son una manifestación VOLUNTARIA de los particulares y la administración pública para mantener una *"buena conducta"* en la gestión y desarrollo de su relación contractual; de allí que no sea apropiado exigir su firma de forma OBLIGATORIA.

Es necesario destacar que la presunción legal de buena fe entre las partes, que es de rango constitucional y legal, no se quebranta porque una de ellas no se manifieste expresamente sobre el particular, es decir, la no suscripción de los aludidos acuerdos no puede ser causal de rechazo de una oferta, toda vez que el cumplimiento de la Constitución y de la ley son deberes de todas las personas, no supeditados a la rubrica de un documento en particular. Si la suscripción de la declaración unilateral anotada se convierte en obligatoria para concurrir a un proceso, deja de ser voluntaria y eso desvirtúa el fin perseguido con ésta.

Por lo anotado, se sugiere verificar la pertinencia legal de establecer como requisito OBLIGATORIO, habilitante o de participación, dentro de las convocatorias públicas, la firma de pactos de probidad o de integridad, declaraciones anticorrupción o similares.

- En la gestión contractual de las entidades públicas se debe garantizar el derecho de contradicción de los interesados y proponentes y asegurar el principio de libre concurrencia, para lo cual se recomienda fijar plazos razonables para el desarrollo de cada una de las etapas de una convocatoria pública. Esto incluye los términos para la realización de audiencias, la contestación de solicitudes de aclaración o modificación del pliego de condiciones o términos de la contratación, la diligencia de cierre o presentación de ofertas, la evaluación de ellas, etc.

- Los procesos de selección de contratistas deben ser adelantados sin dilaciones injustificadas. Lo anterior se concreta en las siguientes sugerencias para optimizar la gestión:



- Se deben cumplir y observar las formas propias de los procesos de selección previstas en la ley o en los reglamentos que rijan estos asuntos.

- Los procesos de selección se deben cumplir en etapas perentorias y preclusivas que aseguren la selección objetiva de la propuesta más favorable, el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica.

- Los ofrecimientos o propuestas presentadas deben ser evaluados de acuerdo con reglas justas, claras y objetivas, previamente establecidas y conocidas por todos los interesados, en condiciones de igualdad de acceso a la información.

1.3 DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA AL PRINCIPIO DE CELERIDAD

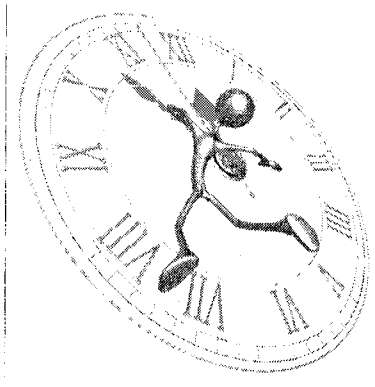
El artículo 209 de la Constitución Política incluye dentro de los principios que deben orientar la función administrativa, los de economía y celeridad.

Para precisar el alcance del principio de economía resulta pertinente revisar lo señalado por el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, que indica que este postulado

alude al hecho de que "*las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.*"

El código también se refiere al principio de celeridad en los siguientes términos:

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

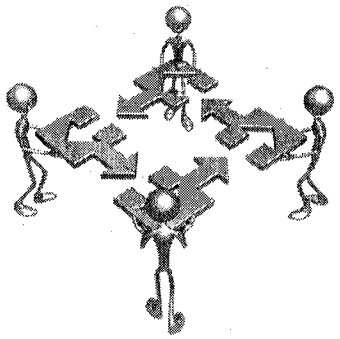


El principio de economía fue descrito por la Sección Tercera del Consejo de Estado[11], así:

> *"Estas reglas, que junto con muchas otras, hacen parte del principio de economía apuntan a asegurar:*
> *i) la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo;*

[11] *CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Providencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 15324.*

muchas de las entidades no sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



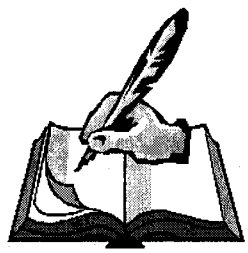
Se debe resaltar que las actividades planeadas se encuentran debidamente sustentadas por razones y argumentos objetivos que pueden ser dados a conocer a través de los procesos de rendición de cuentas y de los mecanismos de publicidad contemplados en la ley. Quien actúa de forma planeada no teme la vigilancia y el control ciudadano o de los organismos competentes.

La planeación permite también controlar la gestión, prevenir los daños antijurídicos, optimizar los tiempos y los recursos invertidos, entre otros beneficios.

Por lo anotado, se recomienda introducir dentro de la gestión administrativa de estas entidades, disposiciones relacionadas con el desarrollo del principio de planeación en la contratación, que coadyuven en el cumplimiento de los principios de economía y transparencia.

Al respecto se propone determinar qué estudios o análisis deberán desarrollarse de forma previa a cada contratación, en sus distintos niveles de exigencia y complejidad, de acuerdo con la naturaleza o cuantía de la contratación o su relación con el objeto social o

la misión de la entidad contratante. Dichos estudios o análisis deberían por lo menos identificar los siguientes elementos[12]:



"(i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;

(ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo, contractual que se escoja;

(iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.;

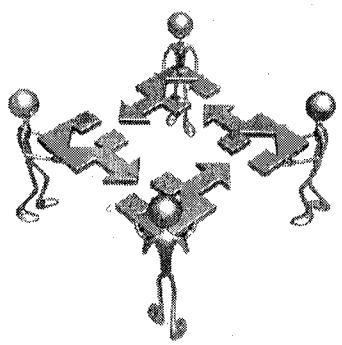
(iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto.

v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;

---

[12] *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 31 de agosto de 2006, Radicación 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287), Consejero Ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.*

muchas de las entidades no sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



Se debe resaltar que las actividades planeadas se encuentran debidamente sustentadas por razones y argumentos objetivos que pueden ser dados a conocer a través de los procesos de rendición de cuentas y de los mecanismos de publicidad contemplados en la ley. Quien actúa de forma planeada no teme la vigilancia y el control ciudadano o de los organismos competentes.

La planeación permite también controlar la gestión, prevenir los daños antijurídicos, optimizar los tiempos y los recursos invertidos, entre otros beneficios.

Por lo anotado, se recomienda introducir dentro de la gestión administrativa de estas entidades, disposiciones relacionadas con el desarrollo del principio de planeación en la contratación, que coadyuven en el cumplimiento de los principios de economía y transparencia.

Al respecto se propone determinar qué estudios o análisis deberán desarrollarse de forma previa a cada contratación, en sus distintos niveles de exigencia y complejidad, de acuerdo con la naturaleza o cuantía de la contratación o su relación con el objeto social o

(vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores;

(vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar (...)"

Para el seguimiento y control de resultados de la gestión, especialmente frente al adecuado manejo de los recursos y al cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, resulta trascendental que las entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación **VIGILEN** y **CONTROLEN** la ejecución de los contratos celebrados, verificando de forma permanente y metódica el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y de la entidad, así como el balance financiero del contrato.

Se ha evidenciado que pocas entidades cuentan con políticas de control y seguimiento de los contratos, que permitan establecer las funciones u obligaciones de los responsables de realizar esta labor, con miras a salvaguardar los intereses generales y mantener la ecuación financiera del contrato. En tal sentido, se recomienda adoptar estas políticas, definiendo temas fundamentales como:

- Funciones u obligaciones a cargo de los responsables de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.
- Facultades y prohibiciones de éstos.
- Directrices y formatos para rendir los informes de control y vigilancia, certificar el cumplimiento, recibir a satisfacción bienes, obras o servicios, suscribir actas de inicio, terminación, suspensión, seguimiento, etc.
- Procedimientos para tramitar las solicitudes que eleven los contratistas, el pago de los contratos, su modificación, la exhortación al cumplimiento o el ejercicio de

las acciones legales encaminadas a salvaguardar los intereses de la entidad contratante.

Estas determinaciones institucionales permitirán a las entidades llevar un estricto control sobre el cumplimiento y terminación satisfactoria de los compromisos adquiridos, a favor de la adecuada y eficiente inversión de los recursos públicos y de la satisfacción de las necesidades que originaron la contratación. Para el efecto, se invita a revisar las definiciones de supervisión e interventoría incluidas en la Ley 1474 de 2011, así como la responsabilidad atribuida al personal que ejerce estas actividades.

Finalmente, frente a este principio que prescribe que las actuaciones del Estado se adelanten con la menor inversión de gastos para quienes en ellas intervienen, podría **NO RESULTAR ADECUADO** que las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública cobren *"derechos de participación"* o el valor del pliego de condiciones o términos de la contratación, como requisito habilitante dentro de una convocatoria pública, limitando así la libre concurrencia.

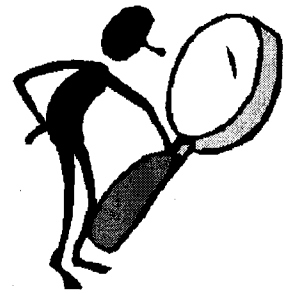
En consecuencia, se aconseja verificar estas disposiciones y la pertinencia legal de su aplicación.

1.4 DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA A LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA.

¿Cómo se garantiza una gestión pública **IMPARCIAL Y TRANSPARENTE**?

Esta pregunta ha motivado la adopción de un sistema jurídico que oriente la gestión de los administradores públicos, cerrando la puerta a las motivaciones subjetivas, caprichosas e interesadas en la toma de decisiones del Estado, con el fin de garantizar **IMPARCIALIDAD** frente a los administrados, es decir, la protección de los derechos de todos, sin importar su posición económica, ideológica, religiosa o sus condiciones personales como raza, sexo o estado de salud.

Allí, en esa necesidad de establecer límites a la discrecionalidad de los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en lo atinente a la gestión contractual que desarrollan, surgió el deber de selección objetiva, entendido como la obligación de escoger imparcialmente a los contratistas del Estado verificando su capacidad para ejecutar el contrato y satisfacer la necesidad que lo motivó y la favorabilidad de su propuesta u ofrecimiento, en términos de calidad y economía.



Resulta, entonces, que la selección objetiva, que no se reduce a la aplicación de un procedimiento o modalidad específica de contratación sino que abarca la escogencia de un sujeto con determinados atributos objetivos que avalan la eficacia del contrato en sí mismo, es garantía de transparencia, en tanto hace clara, diáfana y visible[13] la actuación del Estado y, a su vez, asegura la imparcialidad frente a los administrados y, por tanto, promueve su igualdad para acceder a la contratación pública.

Frente al tema específico de la gestión contractual de una entidad no sometida al Estatuto, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente[14]:

> *"A pesar de que se trata de entidades que dada su naturaleza de empresas industriales y comerciales en algunos aspectos funcionan como particulares, con mayor independencia frente al aparato estatal que otras entidades, en realidad "no son particulares", y conservan, como toda empresa de su misma naturaleza, unos objetivos y finalidades que difieren del simple ánimo de lucro que inspira a aquellos; por esta razón, también están obligadas a administrar sus recursos de manera eficiente y transparente, y en materia de contratación, no se hallan exentas del deber de cumplir con el principio de la selección objetiva, eligiendo como sus contratistas a quienes presenten las ofertas más favorables, incluyendo en la valoración de tal favorabilidad el precio de las mismas; por ello, en la*

[13] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp.17088, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.*
[14] *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de 10 de marzo de 2005. Radicación: 25000-23-26-000-2003-01195-01(AP), Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.*

medida en que vulneren tales principios en forma grave, estarán así mismo incurriendo en una violación a los derecho colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público."

Por lo expuesto, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deberán cumplir este compromiso en cualquier tipo de contratación, sin importar su objeto, cuantía o modalidad de elección empleada. Las condiciones de contratación deben garantizar la **IDONEIDAD** del contratista, la **FAVORABILIDAD** de la oferta y la transparencia de la selección. Al respecto el Consejo de Estado precisó[15]:

"En materia de contratación pública, la principal aplicación del principio de transparencia tiene cabida en el área propia de la selección de los contratistas, en la cual se ubican los procedimientos administrativos que, en todos los casos, deben edificarse sobre las bases de.

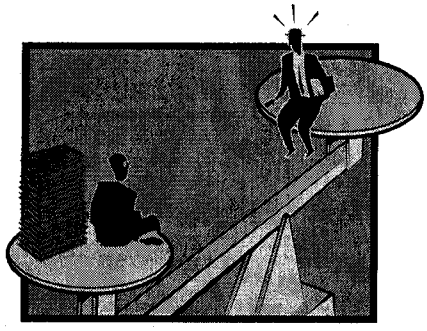
i) la igualdad respecto de todos los interesados;
ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas;
iii) la garantía del derecho de contradicción;
iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración;
v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta;
vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración."

Sobre el principio de igualdad[16], siguiendo este concepto, el Alto Tribunal ha expuesto:

---

[15] *Sentencia de 29 de agosto de 2007, proceso número: 850012331000030901, Radicación número: 15324, Consejero Ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*
[16] *Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, 3 de diciembre de 2007, en los radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); (25206); (25409); (24524); (27834); (25410); (26105); (28244); (31447) - Acumulados*

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034



"En conclusión, el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable."

Por los argumentos esbozados, se sugiere adoptar en la normatividad interna que rija la gestión contractual de las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, disposiciones orientadas a garantizar la selección objetiva de los contratistas, la imparcialidad de las decisiones que se adopten y la igualdad de los interesados para concurrir a los procedimientos que se apliquen.

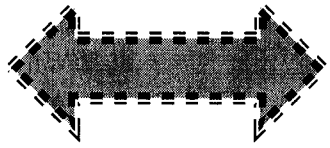
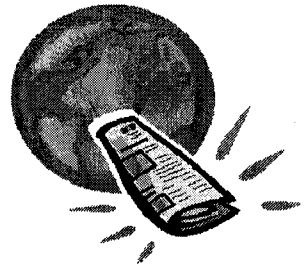
Se llama la atención sobre algunas prácticas que ha evidenciado en la vigilancia y control de gestión que efectúa sobre el sector, encontrando comportamientos extremos; por una parte, entidades no sometidas al Estatuto General que adoptan manuales de contratación rígidos, desconectados de los Sistemas de Control Interno y de Calidad, con

regulaciones detalladas que les impiden cumplir de forma oportuna y eficiente con el objeto o razón social para las que fueron creadas.

Por otra parte, ha identificado entidades que no cuentan con directrices ni políticas que permitan el control de resultados, la adopción de medidas correctivas o de mejoramiento continúo de su actividad contractual, dejando todo a la **LIBERALIDAD** y **DISCRECIONALIDAD** absoluta de los responsables, vulnerando, posiblemente, los principios constitucionales estudiados en el presente documento.

Estas posiciones radicales deben ser revisadas, frente al norte que trazan los postulados constitucionales y legales de la gestión pública, que son los que permiten concretar el Estado Social de Derecho y las libertades y garantías que lo alientan.

1.5 DEL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La libre concurrencia ha sido conceptualizada por el Consejo de Estado[17] como "*la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación* o, en otras palabras, como *la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un*

[17] *Ídem.*

proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.)."

La libre concurrencia plantea, entonces, que se garantice la igualdad de aquellos que, contando con las condiciones necesarias para contratar con el Estado, financieras, técnicas, de experiencia, jurídicas, entre otras, presenten ofertas en el trámite de convocatorias públicas o de procesos de selección, en general.

En tal sentido, las restricciones a la participación en las convocatorias públicas deben encontrarse debidamente sustentadas y deben pretender la selección objetiva, en términos de idoneidad y favorabilidad. De allí que la Corporación[18] también haya precisado:

> *"La Libre concurrencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisible la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato."*

[18] *Idem.*

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No. 034

Los famosos *"carteles"* son expresiones de la corrupción que evidencian el desconocimiento de este principio, al favorecer la concentración indebida de la contratación pública en unas pocas manos, cuestión que no sólo atenta contra el derecho de participación ciudadana, los postulados de transparencia y economía; sino que expone al fracaso muchos proyectos, pues los contratistas terminan con serios problemas de capacidad técnica y financiera para afrontar las múltiples obligaciones asumidas con el Estado.

Se ha podido establecer que en el trámite de algunas convocatorias públicas, adelantadas por entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública se señalan requisitos de participación no proporcionales a la cuantía y complejidad de los objetos contractuales, que posiblemente cercenan la libre concurrencia de forma injustificada, pues al indagar sobre el origen de las exigencias no se evidencian los fundamentos técnicos, jurídicos o financieros que las soporten.

Cabe recordar que si bien la entidad tiene la facultad de establecer los requisitos de verificación y ponderación de los ofrecimientos, también debe ejercerla en el marco de la responsabilidad que implica el cumplimiento de la función administrativa, es decir, debe efectuar un análisis que le permita señalar las exigencias para participar y resultar adjudicatario de un contrato, con miras a garantizar la idoneidad del contratista y la favorabilidad de la oferta, pero siempre de forma sustentada y apegada a los principios constitucionales que rigen esta actividad.

Ahora bien, un tema fundamental para garantizar la libre concurrencia es el de la publicidad de la información relacionada con la gestión contractual de las entidades públicas, especialmente de las convocatorias o llamados públicos a presentar ofertas, que buscan alcanzar pluralidad de oferentes.

La jurisprudencia[19] se ha ocupado de este principio defendiéndolo en los siguientes términos:

> *"Este principio - deber - también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros). Por lo tanto, los principios del debido proceso -defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa."*

[19] *Idem.*

Entregar la información necesaria para que órganos de control, organizaciones sociales, veedurías ciudadanas y el ciudadano mismo ejerza su derecho y cumplan el deber de control sobre la gestión contractual del Estado resulta trascendental para el fortalecimiento de la democracia participativa, con sujeción al artículo 2 Superior.

El desarrollo tecnológico ha impulsado iniciativas gubernamentales que han significado un gran avance hacia la visibilidad de la gestión pública; por ejemplo, la expedición de la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se concretó y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, ha facilitado a la ciudadanía el acceso a la información y ha reducido los costos de transacción en los trámites que desarrollan, permitiéndole la defensa oportuna de sus derechos y creando nuevos canales interactivos de comunicación con la administración pública.

Esta política gubernamental también se expresó con la promulgación de la Ley 962 de 2005 y del Decreto 1151 de 2008, normas que se encargaron de establecer los parámetros generales de la publicidad de la gestión pública, en el marco de la estrategia **"GOBIERNO EN LÍNEA"** que tiene como objetivo "*contribuir con la construcción de un*

Estado más eficiente, más transparente y participativo, y que preste mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas, a través del aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y la Comunicación."[20]

De conformidad con lo señalado en el artículo 1 del Decreto 1151 de 2008, las entidades enunciadas en los artículos 2 de la Ley 962 de 2005 y 39 de la Ley 489 de 1998 están **OBLIGADAS** a dar cumplimiento a esta normatividad.

¿Entonces, qué instancias públicas tienen la obligación de implementar esta estrategia gubernamental?

Aquellas señaladas en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, que indica que la "Administración Pública" estará conformada por:

> *"(...) organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano."*

Las contempladas en el artículo 2 de la Ley 962 de 2005, que prevé:

> *"Esta ley se aplicará a los trámites y procedimientos administrativos de la Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, y de los particulares que desempeñen función administrativa. Se exceptúan el procedimiento disciplinario y fiscal que adelantan la Procuraduría y Contraloría respectivamente.*

[20] *Colombia. Congreso de la República. Decreto 1151 de 2008. Artículo 2.*

Para efectos de esta ley, se entiende por "Administración Pública", la definición contenida en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998."

Por lo consignado, las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación para la Administración Pública, obligadas al cumplimiento de las normas citadas, deben acatarlas también frente a su gestión contractual.

Sobre el particular resulta necesario recordar algunas disposiciones legales que deberían cumplirse:

El artículo 6 de la Ley 962 de 2005, que señala:

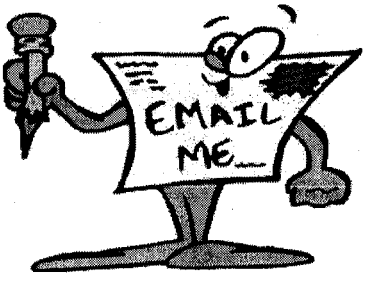
"Medios tecnológicos. Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, ***a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa****. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.*

La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública.

En los casos de peticiones relacionadas con el reconocimiento de una prestación económica en todo caso deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama.

La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento." (Subrayado fuera del texto original)



Por su parte el artículo 7 de la aludida ley dispone:

"Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial.

Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública."

Quiere decir lo anterior que, por ejemplo, los manuales de procesos, procedimientos, funciones y de contratación deben ser publicados en las páginas Web de las entidades públicas.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 8 de la ley, todos los organismos y entidades de la Administración Pública deben tener a la mano del público, a través de los medios impresos o electrónicos con que cuenten, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada:

- Normas básicas que determinan su competencia;
- Funciones de sus distintos órganos;
- Servicios que presta.

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No.034

- Regulaciones, procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias responsables y los términos en que estas deberán cumplir con las etapas previstas en cada caso.

- Localización de dependencias, horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos ante ellos.

- Dependencia, cargo o nombre a quién dirigirse en caso de una queja o reclamo.

- Sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia.

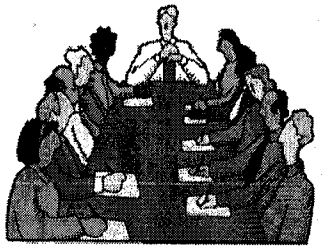
En consecuencia, se recomienda a las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, poner a disposición de la comunidad en general, las veedurías ciudadanas, órganos de control, organizaciones sociales, la información relativa a su gestión contractual, salvo aquella sujeta a reserva judicial o legal, como el secreto industrial y la información comercial.

Desde luego, para garantizar transparencia, contradicción y libre concurrencia; la información relacionada con convocatorias públicas y procesos de selección que vayan a desarrollar en el marco de la autonomía institucional debería también ser publicada o puesta a disposición de los posibles interesados de forma oportuna, es decir, antes de que se venzan cada uno de los plazos previstos para su trámite.

Por lo anotado, se exhorta a regular dentro de la normatividad interna lo concerniente a los mecanismos tecnológicos, materiales y legales para dar cumplimiento al principio de publicidad en la gestión contractual.

1.6. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Como bien lo ha señalado la jurisprudencia[21], el principio de responsabilidad "*fue consagrado como contrapartida al otorgamiento de una gran autonomía en cabeza de los administradores de la cosa pública y una contratación semejante a la de los particulares, que de suyo, conlleva, una mayor responsabilidad.*"



Este postulado es un reflejo del principio de legalidad que debe caracterizar las actuaciones del Estado. De allí que los servidores públicos, particulares que cumplen funciones públicas o administran recursos del Estado puedan responder, en el marco de la legislación vigente, disciplinaria, fiscal, penal y civilmente.

El artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, amplió el concepto de sujetos sometidos a la responsabilidad disciplinaria, modificando el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

---

[21] *Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, el 3 de diciembre de 2007, en los radicados Nos. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); (25206); (25409); (24524); (27834); (25410); (26105); (28244); (31447) - Acumulados*

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No.034 .

"El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

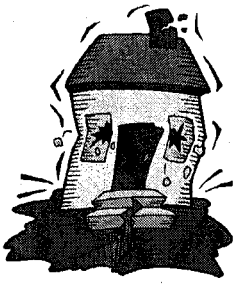
Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva."

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal es la que tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

ANEXO CIRCULAR CONJUNTA No.034



Para estos efectos la ley definió en el artículo 3 qué se entiende como *"gestión fiscal", "(...) el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."*

El Código Penal por su parte señala la posible comisión de delitos, relacionados con la actividad contractual del Estado en el Capítulo IV, modificado por la Ley 1474 de 2011, que contempla las siguientes conductas punibles:

- Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.
- Interés indebido en la celebración de contratos
- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.
- Acuerdos restrictivos de la competencia.

Finalmente, es menester recordar que los artículos 50, 51, 52, 53 y 55 de la Ley 80 de 1993, hacen referencia a la responsabilidad civil en que pueden incurrir las entidades públicas, *"por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean*

imputables y que causen perjuicios a sus contratistas..."; a los servidores públicos, *"por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley"* y a los contratistas, *"por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley".*

Como se ha expuesto, los principios constitucionales tienen expresiones claras y concretas en la gestión contractual de las entidades públicas, sin importar su régimen legal. Conocer el alcance de estos principios y aplicarlos es lo que permite garantizar que el Estado cumpla los fines que lo animan. Este es el llamado que hacen hoy las entidades que suscriben el presente documento, elaborado con el fin de plantear temas de reflexión para los responsables de la gestión contractual en aquellas entidades públicas no sometidas al Estatuto General de Contratación para la Administración Pública.

¡Porque la prevención es la mejor **OPCIÓN**!