



IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESUMEN

El propósito de este artículo, resultado de investigación, es hacer una aproximación para identificar una línea jurisprudencial referida al principio de publicidad de los actos administrativos producidos dentro del proceso de contratación administrativa y más concretamente sobre los actos administrativos que se generan en la etapa precontractual del procedimiento de licitación pública.

La reciente legislación contenida en el Decreto 019 de 2012 introduce reformas importantes en cuanto a la publicidad de los actos precontractuales. La administración tiene la oportunidad de recurrir a esos medios de publicidad supletorios denominados bando y aviso, en defecto de los tradicionales o principales medios de publicación tales como el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y la página web de la entidad.

El artículo 209 de la Constitución nacional refiere que la función administrativa está regida, entre otros, por los principios de publicidad y moralidad, los cuales al tenor de la norma constitucional se convierte en fuente orientadora de la actividad administrativa y, por demás, en un derecho de la sociedad para demandar de sus autoridades el actuar en correspondencia con los postulados legales y constitucionales y a su vez con los postulados sociales. Tratándose la publicidad como un punto de partida que de darse cumplimiento en la forma reclamada interactúa en plena consonancia con el principio de moralidad, por el contrario, de no lograrse la efectividad del primero, la afectación del segundo será directamente proporcional.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, principio, publicidad, moralidad, corrupción, contratación administrativa.

Olga Sofía Morcote González*

Marlon Iván Maldonado**

Héctor Oswaldo Pinilla***

*Directora (e) del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá. Abogada de la Universidad de Boyacá - Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás de Aquino -Bogotá. Cursa estudios de Doctorado en Filosofía y Ciencia Política con la Universidad de Nuevo León, México. (Contacto: olgmorcote@uniboyaca.edu.co)

**Director de postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá. Abogado de la Corporación Universitaria de Barranquilla y Magíster en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Barcelona-España. (Contacto: mimaldonado@uniboyaca.edu.co)

***Jefe del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Boyacá. Abogado de la Universidad de Boyacá - Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional, Curso de Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca y Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. (Contacto: hecpinilla@uniboyaca.edu.co)

Fecha de recepción: abril 14 del 2015.

Fecha de aceptación: junio 17 del 2015

IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF ADVERTISING IN PUBLIC PROCUREMENT

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Morcote, O., Maldonado, M. y Pinilla, H. (2016). Importancia del Principio de Publicidad en la contratación pública. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 8-25.



The purpose of this paper is to create an approach to identify a line of jurisprudence referred to the principle of advertising in public administrative acts produced within the government contracting process; and more specifically, on the administrative acts that are generated in the pre-contractual stage of the tender procedure.

The recent legislation in Decree 019 of 2012 introduced major reforms that have to do with advertising pre-contractual acts. The administration has the opportunity to use those means of interim advertising called supplemental notice; in the absence of traditional or mainstream publication media such as Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) and the website of the entity.

Article 209 of the Constitution states that the administrative function is governed, inter alia, by the principles of openness and morality. These principles, according to the constitutional provision, become a guiding source of the administrative activity, as well as a right for society to demand that the authorities act in accordance with the legal and constitutional principles; and also with the social principles.

Considering advertising as a starting point that may be fulfilled in the claimed manner, it interacts completely with the principle of morality; however, if the first one is not achieved effectively, the second one will be affected proportionally.

Keywords: Social State of law, principle, advertising, morality, corruption, government contracting.

INTRODUCCIÓN

El establecimiento de un Estado Social de Derecho, tal como lo prevé la Constitución Política de 1991, supuso para el Estado el establecimiento de unas herramientas y mecanismos que facilitaran su funcionamiento. Por tal razón, y especialmente en lo referente a la función pública, se estableció en el artículo 209 de la Carta que la misma se desarrollaría con fundamento en varios principios, entre ellos el de publicidad.

Para lograr tal objetivo, fue preciso que todos sus estamentos trabajaran de manera armónica y coherente con los principios del Estado. Por esta razón, era preciso también propender por el establecimiento de mecanismos idóneos para disminuir los altos niveles de corrupción del país y lograr que la aplicación de los recursos se realizara de la manera más clara y precisa que redunde en el máximo beneficio, así lo expresó el Documento Conpes 3249 de octubre 20 de 2003, sobre política de contratación pública, aspecto que se desarrolla en el artículo 2 del Código Contencioso-Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Dado que esta situación no es ajena a la contratación, ya que a través de este medio se canaliza la mayor cantidad de recursos del Estado, para la consecución de los propósitos del Gobierno, así como para conseguir los objetivos de un Estado Social de Derecho, moderno y transparente, en el presente artículo se dará cuenta del principio de publicidad que debe presidir los procesos de contratación.



ACERCA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El Consejo de Estado en jurisprudencia relacionada con las bases del principio de transparencia, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero, en relación con este tema manifestó que este principio se impone con el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato por suscribir, e igualmente señala:

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal. El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de 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.

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de

requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.(...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

Si bien es un principio, su concreción no fue fácil, debido a la dificultad de aplicar normas adoptadas de otros Estados al caso puntual nacional (Borja 2003); ya estando así establecido, es preciso darle aplicación a tales principios, en aras de propender, entre otros, por el éxito económico del Estado (Silva-Colmenares, 1996). Sin embargo, de acuerdo con Bautista (2002) para poder pensar en un éxito económico, es preciso antes detenerse a pensar en los aspectos morales.

Tal panorama dio lugar a la promulgación de la Ley 80 de 1993, Estatuto Contractual, que reconoce como una finalidad de la contratación estatal garantizar la posibilidad de alcanzar los propósitos que se tuvieron en cuenta previamente al inicio del proceso de contratación¹.

¹ Véase la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993.

Como primer avance se señala de manera genérica que todos los contratos, en que una de las partes sea el Estado, será considerado un contrato estatal, con lo cual le será aplicable el régimen previsto en la norma (Vega, 2005), con cuatro grandes ámbitos de excepción como son i. Empréstitos y cooperación internacional. ii. Actividad bancaria y aseguradora. iii. Algunos asuntos en comunicaciones. iv. Exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables (Gómez, 2011, p. 11)². Posteriormente la citada Ley establece en su artículo 23, dentro de los principios de la contratación estatal, el de transparencia, en el cual se configura, entre otras cosas, la publicidad que debe observarse permanentemente en el proceso contractual, para garantizar entre otros aspectos, que la selección del contratista se realice aplicando el principio de selección objetiva.

Frente a la importancia de los Principios Contractuales como el de economía, responsabilidad y selección objetiva el Consejo de Estado en sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero, ha señalado respecto a los principios de la Contratación Estatal su Obligatoriedad y cumplimiento en los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva

² Según el autor, posterior a esta interpretación inicial del contrato estatal, igualmente se han desarrollado otra serie de interpretaciones motivadas por el desarrollo legislativo que sobre el tema se ha presentado. Teniendo en primer lugar, el previsto por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios; un segundo régimen creado en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que comprende las materias que excepcionalmente son sometidas al derecho privado y a las normas especiales de derecho público; y tercero, los particulares que contratan con recursos públicos y por lo tanto están sometidos al control fiscal.

de la propuesta más favorable. La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación. Se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe. Igualmente respecto al principio de economía pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad” (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. Asimismo se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual “la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa” (...) También se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto estos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas,

evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración. Para lograrlo, se debe velar igualmente por el cumplimiento del principio de publicidad en virtud del cual se debe poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados. Finalmente, la efectividad del principio de igualdad “depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”. Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94 suscritos con el señor Carlos Edgar Moreno Ríos, por cuanto fueron celebrados contra expresa prohibición legal, contenida en el numeral 8° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud de la cual, “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán

sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

Entrando a reforzar el interés del Estado que propende por la transparencia y la publicidad en la contratación, se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), a través del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007; según Márquez (2007), es más importante la interpretación que por medio de la citada Ley se da al contrato estatal, entendiéndolo como un instrumento de la gestión pública. La publicación en el SECOP se realizará teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2.2.5 del Decreto 734 de 2012, reglamentario de la Ley 80 de 1993. Sobre este tema en particular se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

En consecuencia, la intención del Legislador al definir legalmente este principio, fue la de regular la escogencia de la mejor oferta mediante una selección en la que prime la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades, y ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función a la específica necesidad haya fijado la administración en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia. (Sala de lo Contencioso Administrativo, n. 24715, 2007).

Sin embargo, el establecimiento de tales principios y de ciertos mecanismos hasta la fecha no ha sido suficiente para poner freno a las situaciones de corrupción. Este aspecto se aprecia con mayor claridad según Beltrán (2012) en los funcionarios públicos

13

de alto rango encargados de decidir sobre el destino de los recursos públicos en materia de contratación. Serrato (2011) para referirse a este punto, cita a Morris y anota que existen áreas críticas a la corrupción, siendo la contratación una de las más relevantes, en la medida en que se antepone el interés particular sobre el general (Restrepo, et.al 2006), aspecto que afecta grandemente el principio de publicidad antes citado, ya que no es total y libre acceso a la información para participar dentro de los procesos contractuales.

EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD COMO MEDIO PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN

De acuerdo con Bautista (2002), todo servidor público se debe al pueblo, su sueldo es pagado por la sociedad y por lo tanto este tiene una responsabilidad y compromiso con la comunidad a la cual, además, debe respetar. Esta situación, y la búsqueda de la transparencia, como fundamento del principio de publicidad en la contratación, sentaron igualmente las bases para el desarrollo del principio de responsabilidad de los servidores públicos según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución nacional, a efectos de que asuman las consecuencias de sus actos que vayan en contravía del bienestar general de todos los coasociados. Se busca entonces, de acuerdo con Santofimio (2009), la medida, el cuidado, planeación suficiente y distribución de riesgos, lo que supone no adoptar el camino fácil en cuanto a la asunción de la responsabilidad y riesgos sin control, dentro del presupuesto de la búsqueda del bien común y del interés general que debe perseguir la administración pública

(Rodríguez, 2002), durante las distintas etapas de la contratación (Dussán, 2005).

Lo anterior cobra mayor relevancia, máxime cuando en la contratación estatal debe identificarse de modo permanente un elemento de previsibilidad, por lo cual cualquier acto que no responda a la misma, atenta directamente contra el interés general. Sobre este particular Palacio (2010) anotó que es importante este aspecto relativo a la integración de las consecuencias del funcionario que por su conducta haya dado lugar al perjuicio, como mecanismo idóneo para evitar el desangre financiero en cuanto a la contratación, primeramente en la observancia del cumplimiento de los objetivos de la contratación, como medio para conseguir los fines del Estado, todo esto en consonancia con los artículos 6, 90, 122, 123 y 209 de la Constitución.

De esta forma el Estatuto Contractual, en sus artículos 26, 56 y 59, incluye mecanismos para determinar la responsabilidad penal, civil, disciplinaria y fiscal en la que pueden incurrir no solo los servidores públicos, sino también los particulares que tomen parte en los procesos contractuales, agregando un aspecto importante como lo es la indelegabilidad de la responsabilidad. Para los particulares se trata entonces, de acuerdo con Cárdenas (1994), de una asimilación del particular con el servidor público que cumple funciones públicas en lo relativo a la contratación, ya que siendo el Estado una ficción legal, obligatoria y permanente requerirá de la colaboración de los particulares (Fonseca, 2000).



La Corte Constitucional para determinar la exequibilidad de este régimen de responsabilidad, se pronunció a través de la Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, MP. Jaime Córdoba, anotando que el articulado general de la Carta ofrece suficiente respaldo a dicho régimen. Por lo anterior, los servidores públicos deberán moverse en un marco legal fundamentado en la Constitución, la cual establece que no habrá empleo público que no tenga unas funciones previamente establecidas, precisamente para determinar la responsabilidad por cualquier actividad por fuera del mismo.

Este panorama fundamenta el desarrollo de una dualidad en el sentido de que no es suficiente establecer una regulación que establezca el principio de la responsabilidad, sino que en consonancia con el mismo, es preciso el desarrollo de sanciones a las personas que cometan tales conductas que se encuentren en contravía con la función pública. Sobre este tema se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-716 de 2002, señalando que: “En el marco de un Estado de Social de Derecho, como es el caso colombiano, resulta impensable imaginar una actividad legalmente regulada que no se encuentre sometida a un control específico”.

Por lo tanto, es preciso establecer, dentro del principio de transparencia y de responsabilidad, las sanciones del caso para el servidor público que por no dar la publicidad requerida a la iniciación de un proceso contractual, genera una pérdida de oportunidad, no solo para el contratista que ve coartado su derecho de intervenir en los procesos de contratación estatal, sino también para el Estado que debe y puede elegir

la mejor opción entre todas las que pudieron haberse allegado, de haberse realizado correctamente el proceso de invitación a la contratación. Rico (2007), cita a Mazeaud y Tunc, para referirse que en este caso podría reclamarse el menoscabo eventual como resultado de la responsabilidad por incumplimiento en la correcta publicidad del proceso contractual.

En este marco regulatorio de la responsabilidad, se promulgó la Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijaron disposiciones para erradicar la corrupción, la cual, entre otros aspectos, modificó el Código Penal de la época, introduciendo la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas y una definición de servidor público que sería usada a efectos de la adecuación de las conductas que pudieran ser realizadas bajo tal calidad, introduciendo además los tipos de peculado, concusión y, cohecho, entre otros.

Además de la responsabilidad penal y civil de los servidores públicos, en desarrollo de la responsabilidad contractual que deben tener en cuenta, se promulgó, de una parte, la Ley 610 de 2000, por la cual se estableció el proceso de responsabilidad fiscal, que de acuerdo con su artículo primero, es el conjunto de actuaciones administrativas tendientes a determinar la responsabilidad fiscal de los servidores públicos en el ejercicio de la gestión fiscal. De otro lado, la Ley 734 de 2002, que derogó a la 200 de 1995, estableció el Código Único Disciplinario, que en su artículo 23 establece que será constitutiva de falta disciplinaria y como tal de sanción, la comisión de las conductas

15

tipificadas en dicho Código sin estar amparado en ninguna causal de exclusión de responsabilidad; o según Penagos (2005) que haya como razón de ser del poder disciplinario, la sanción de las conductas de los individuos, que como servidores públicos o particulares, tengan algún tipo de relación especial con la administración pública.

Para los particulares, la responsabilidad nace a partir de un deber como ciudadanos, de colaborar con las tareas y objetivos del Estado, las cuales no pueden ser en su total cubiertas por los funcionarios del Estado. De acuerdo con la Sentencia C-089A de 1994 para los particulares “se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades”.

Este criterio es reforzado por la Sentencia C-543 de 2001 en el sentido de señalar que tales condiciones y funciones deben ser expresamente señaladas a discrecionalidad del legislador, máxime cuando se trate de actividades que lleven implícitas el manejo de los recursos del Estado, que para el caso concreto se entiende por tal la contratación pública, ejercicio que en consonancia con lo anotado en la Sentencia C-181 de 2002, por sí solo constituye función pública, por lo cual las leyes que lo regulen deben mostrar la mayor concreción y exactitud posibles, para que de acuerdo con la Sentencia C-651 de 2001, se logre que la contratación se perfeccione de manera correcta y de esta forma se logren los objetivos del Estado, sobre dicho tema en particular.

De acuerdo con la Sentencia C-866 de 1999 “la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que mas bien es desarrollo lógico de esta misma noción”.

Reviste relevancia el tema de los principios, siendo la nulidad absoluta de los negocios jurídicos la más grave sanción, por la inaplicación de los principios de contratación. La nulidad absoluta de los contratos se refiere, entonces, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato.

En atención a lo anteriormente expuesto, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así:

Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los cri-



terios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho que “las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual”.

Otro aspecto relevante en el tema de la contratación estatal es el relacionado con la licitación pública como acto previo a la contratación, que se encuentra revestido del principio de publicidad desde el acto de apertura de la convocatoria.

Frente a este acto previo, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reiterado que “la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la Ley de Contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso”, en este sentido consultar la Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente número 15324, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

La moralidad administrativa es uno de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o dicho de otra manera, la moralidad administrativa no dispone de una definición o conceptualización legal ni constitucional que permita su identidad de una manera clara y diáfana. La jurisprudencia del Consejo de Estado y una parte de la doctrina la ha enmarcado dentro del catálogo de derechos e intereses colectivos y por tanto susceptibles de ser protegida a través de la acción popular, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 472 de 1998. Hacemos la salvedad que la Ley 472 no introdujo ninguna definición de la moralidad administrativa, pese a que en los antecedentes de la mencionada ley se intentó hacer una aproximación a la definición de la mencionada figura (Gaceta del Congreso, n. 277, 1995, p. 1; Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 19001233100020050098001, 2007)³.

Con el propósito de definir la moralidad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una amplia construcción conceptual de la figura partiendo del análisis de la relación con la legalidad y con aspectos tales como la corrupción, la mala fe, la ética y, el recto manejo de bienes y recursos del Estado, entre otros (Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 76001-23-31-000-2005-00549-01, 2007).

³ La Gaceta del Congreso la define como un “derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”.

17

Cierto es que el Consejo de Estado ha convenido en afirmar que lograr una definición abstracta de la noción de moralidad administrativa resulta bastante dispendioso e imposible, y frente a ello ha indicado que corresponde a los jueces, en cada caso concreto, identificar el alcance y contenido del concepto de moralidad administrativa “de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada” (Sala de los Contencioso-Administrativo, n. AP 2002-2943, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

Deviene en importancia significar que el concepto de moralidad administrativa tiene una doble connotación, o tiene una doble naturaleza. En primer lugar, la moralidad administrativa emerge como principio de la función administrativa, según se extracta del artículo 209 de la Constitución Política, y como derecho colectivo. Si analizamos su primera connotación, es decir, como principio, la figura se convierte en un faro que orienta las demás disposiciones normativas de menor jerarquía, lo que a su vez la convierte en un concepto interpretativo y obligatoriamente; es un punto orientador para el operador jurídico. Analizando su otra connotación, es decir, como derecho o interés colectivo, comporta un carácter subjetivo, en razón a que genera en los ciudadanos la posibilidad de que puede invocarse su protección a través de mecanismos judiciales (Sala de los Contencioso-Administrativo, n. AP 2002-2943, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

La jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha señalado que la moralidad administrativa,

como derecho, comprende la concurrencia de varios presupuestos, entre los que se resalta la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general y, la negación de la corrupción, entre otros; además, si quienes ejercen funciones administrativas actúan dentro de los parámetros éticos y morales que imponen las normas sociales, el derecho a la moralidad administrativa se verá garantizado en plena forma⁴.

Sobre el particular, la honorable Corte Constitucional ha dicho que la moralidad administrativa no se circunscribe únicamente al “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (Corte Constitucional, n. C-046, 1994).

De otro lado, la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad (Corte Constitucional, n. SU-913, 2009; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2009).

⁴ Ibídem. “Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho”.

cioso-Administrativo, n. AP-166, 2001). En tal sentido, el honorable Consejo de Estado ha establecido que:

(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa⁵ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 35501, 2007; Sala de lo Contencioso-Administrativo, 2002.).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en innumerables fallos respecto al tema de la moralidad administrativa desarrollando el estudio de la misma a partir de las conductas particulares que han propendido por desviar el interés general de la sociedad como principio constitucional hacia un propósito particular buscando el favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, configurándose en la mayoría de las ocasiones una nulidad

absoluta del Contrato por configurarse la causa de desviación de poder en unas ocasiones o la llamada falsa motivación.

CONCLUSIÓN

La innumerable normatividad expedida sobre el tema de Contratación Estatal ha propendido por constitucionalizar la administración pública, esto es enmarcar dentro de todas sus actuaciones administrativas la aplicación de los postulados constitucionales y los principios de la contratación dentro del marco de la aplicación de los principios de la función pública, haciendo que el principio de publicidad contractual en el quehacer público sea el eje central de la función pública.



⁵ “Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre esta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la “moralidad administrativa” con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública”.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCUMENTALES

Bautista, O. (2002). La ética en el marco de las administraciones públicas. Medidas para fomentar la ética en los servidores públicos. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal.

Beltrán, A. (2012). Contratación Pública: diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011(ensayo). Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana.

Borja, W. (1993). Modernización del Estado o Adecuación Neoliberal. Política Colombiana, 3(1).

Cárdenas, J. (1994). La responsabilidad del servidor público en el nuevo estatuto de la contratación. En Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa. Bogotá, ediciones Rosaristas.

Documento Conpes n. 3249 (octubre 20 de 2003). Política de contratación pública.

Dussánhitcherich, J. (2005). Elementos del Contrato Estatal. Colección Estudios de Derecho. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Fonseca, M. (2000). De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, una primera aproximación. Revista de Derecho Universidad del Norte, (13).

Gómez, I. (2011). Contratación Visible, manual para un buen control de recursos en la contratación pública. En Auditoría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Bogotá.



Manual de Contratación del Instituto Caro y Cuervo. (2011). Sistema de Garantía de Calidad, Bogotá, Presidencia de la República, Versión 3.0.

Márquez, O. (2007). La nueva gestión pública contractual: Del Contrato Estatal de la Ley 80 de 1993 al instrumento de Gestión Pública de la Ley 1150 de 2007. Revista JURÍDICAS, Universidad de Caldas, 4(2), 95 - 125.

Palacio, J. (2010). La contratación de las entidades estatales. 6ta. Ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Penagos, G. (2005). Curso de Derecho Administrativo, Ed. Librería del profesional.

Restrepo, N.; Osorio, P. y Alzate, W. (2006). Los efectos socio-económicos por la presencia de corrupción en el Gasto Público.

Rico, L. (2007). Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución Jurisprudencial. Revista Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, 6 (11).

Rodríguez, L. (2002). Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá, Ed. Temis.

Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, (1).

Serrato, S. (2009). 3 en 1 anticorrupción para aceitar la transparencia. Bogotá.

21

Vega, M. (2005). Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia. Revista Prolegómenos: Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Silva, J. (1996). Descentralización y modernización del Estado: la búsqueda de la democracia y la eficiencia con gerencia pública competitiva. Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/observatorio/publicaciones/DESCENTRALIZACION%20Y%20MODERNIZACION%20DEL%20ESTADO.pdf

REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Colombia. Constitución Política de 1991.

Exposición de motivos Ley 80 de 1993.

Decreto 734 de 2012

Ley 610 de 2000

Ley 734 de 2002

Ley 190 de 1995.

Ley 1150 de 2007.

Gaceta del Congreso n. 277 (septiembre 5 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-716 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002.



REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C-089A de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-651 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (Diciembre 3 de 2007). Sentencia Exp. 24715. [C. P. Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, La Gaceta del Congreso n. 277 (5 de septiembre de 1995).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (29 de agosto de 2007). Sentencia 15324. [C. P. Mauricio Fajardo Gómez, actor Rubén Pérez Romero].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (Octubre 16 de 2007). Sentencia Exp. 19001233100020050098001. [C.P.: Ramiro Saavedra Becerra].

Consejo de Estado. (Octubre 16 de 2007). Sentencia Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (16 de mayo de 2007). Sentencia Exp. AP 2002-2943. [C.P.: Ramiro Saavedra Becerra].

23

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (21 de febrero de 2007). Sentencia Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

Corte Constitucional, Sentencia C-046 (1994). [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sentencia SU-913 (2009). [M.P.: Juan Carlos Henao Pérez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (2001). Sentencia Exp. AP-166. [C.P.: Alier Hernández].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (21 de febrero de 2007). Sentencia Exp. 35501.

Consejo de Estado. (26 de enero de 2005). Sentencia Expediente AP-03113.

Consejo de Estado. (4 de noviembre de 2004). Sentencia Exp. AP-2305- 01.

Consejo de Estado. (6 de octubre de 2005). Sentencia Exp. AP-2214.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. (2 de septiembre de 2009). Sentencia.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. (31 de mayo de 2002). Sentencia.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

