

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA
GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

MIGUEL ÁNGEL MORENO SUÁREZ

DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

Trabajo de grado para optar por el título de abogado



Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Floridablanca

2016

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA
GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

Miguel Ángel Moreno Suárez

Daniela Carreño González

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Director

Magister Mario Barragán Pachón, Candidato a Doctor



Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Floridablanca

2016

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Al Gran Arquitecto del Universo. (Miguel M.)

A nuestros padres:

Delcy González Durán y Luis Manuel Carreño (Daniela C.),

Luz Mildred Suárez Moreno y Ángel Alirio Moreno Mateus (Miguel M.).

A nuestros hermanos:

Manuel Arturo Carreño y Fabián Andrés Carreño (Daniela C.),

Catalina Moreno Suárez (Miguel M.).

A Mario Barragán, más que un director, un maravilloso amigo, guía en los andares de este proyecto, un ejemplo de genialidad y humildad.

Al Dr. Pedro Osma por haber sido un padre en este camino.

A Sheryl Tarazona por el apoyo incondicional como novia y amiga.

A mi nana Emilce Garizabal Peña porque ha sido fundamental en mi proceso de formación.
(Daniela C.)

A nuestro semillero de investigación Kayros por tantos momentos.

A nuestros amigos Erika, Nathalia, Juan Pablo, Rosa y Hector.

A mi semillero PROCEDE, especialmente a Milena Acevedo por haber plantado en mí la semilla del investigador. (Miguel M.)

A Henry Reyes, amigo, por haber acompañado la culminación de este propósito.



Universidad
Pontificia
Bolivariana

PROYECTO DE GRADO

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

FACULTAD DE DERECHO

Los integrantes del jurado del Proyecto de Grado titulado: "ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO", realizado por los estudiantes MIGUEL ANGEL MORENO SUAREZ, ID: 000218180 y DANIELA CARREÑO GONZALEZ, ID: 000219652, dirigido por el Abo. Mario Barragan Pachón, luego de revisar el informe final y presenciar la sustentación pública del proyecto, acordamos asignar la calificación de: **4.6**

En constancia firmamos:

XRYS MARIA MORA ALVARADO
Cédula No. 63.523.527 de B/manga

LUIS GUILLERMO ROSSO BAUTISTA
Cédula No. 13.722.000 de B/manga

Floridablanca, 01 de Abril de 2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO.....	8
GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE.....	9
VUE D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DE GRADE	10
INTRODUCCIÓN	11
1. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.	13
1.1. HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.	14
1.1.1. Orígenes e historia del Derecho Fundamental de acceso a la información pública en Colombia, una mirada anterior al artículo 74 de la Constitución Política de 1991.	14
1.1.2. Fundamento Constitucional:	16
1.1.2.1. Estado social de derecho.....	17
1.1.2.2. Fines del Estado vinculados con el derecho fundamental de acceso a la información pública.	22
1.1.2.3. Derecho de petición como garantía del acceso a la información pública.	22
1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RESTRICCIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.	23
1.2.1. Generalidades. Avances normativos y jurisprudenciales desde la Constitución de 1991 hasta la Ley 1712 de 2014.	23
1.2.2. Sujetos sometidos a la Ley 1712.....	29
1.2.3. Restricciones: Reserva legal, recurso de insistencia y acción de tutela.....	30
1.2.3.1. Documentos e información sujeta a reserva Ley 1712.	30
1.2.3.2. Documentos e información sujeta a reserva por la Ley 1437 y 1755.	32
1.2.3.3. Jurisprudencia.	33
1.2.3.4. Recurso de insistencia y acción de tutela.....	37
1.2.4. Contratación pública.	40
2. GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.	41
2.1. LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO COMO PROCEDIMIENTO.....	42
2.1.1. Sujetos que intervienen en la gestión contractual del Estado.	42
2.1.1.1. Partes propiamente dichas.....	43
2.1.1.1.1. Estado como contratante.	43
2.1.1.1.2. Contratistas.....	45
2.1.1.2. Partícipes que intervienen.	46

2.1.1.2.1.	Departamento Nacional de Planeación.	46
2.1.1.2.2.	Colombia Compra Eficiente.	47
2.1.1.2.3.	Cámaras de Comercio a través del Registro Único De Proponentes – RUP-.	49
2.1.1.3.	Supervisores e interventores.	49
2.1.2.	Etapas de la gestión contractual del Estado.	50
2.1.2.1.	Etapa de planeación.	50
2.1.2.2.	Etapa de selección.	50
2.1.2.2.1.	Licitación pública.	51
2.1.2.2.2.	Selección abreviada.	52
2.1.2.2.3.	Subasta inversa.	54
2.1.2.2.4.	Concurso de méritos.	54
2.1.2.2.5.	Contratación de mínima cuantía.	56
2.1.2.2.6.	Contratación directa.	57
2.1.2.2.7.	Adjudicación.	57
2.1.2.3.	Etapa de contratación.	58
2.1.2.4.	Etapa de ejecución.	59
2.1.2.5.	Etapa de liquidación.	60
2.2.	FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS Y PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.	62
2.2.1.	Estado social de derecho.	62
2.2.1.1.	Principio de responsabilidad.	65
2.2.1.2.	Principio de legalidad.	66
2.2.1.3.	Principio de igualdad.	66
2.2.1.4.	Debido proceso.	68
2.2.1.5.	Principio de buena fe.	68
2.2.2.	Función administrativa.	70
2.2.2.1.	Principio de igualdad.	71
2.2.2.2.	Principio de moralidad.	72
2.2.2.3.	Principio de eficacia.	72
2.2.2.4.	Principio de economía.	72
2.2.2.5.	Principio de celeridad.	72
2.2.2.6.	Principio de imparcialidad.	73
2.2.2.7.	Principio de publicidad.	73
2.2.3.	Libertad de empresa.	73
2.2.4.	Principios de la gestión fiscal.	74
2.2.5.	Principios legales aplicables a la gestión contractual del Estado.	75
2.2.5.1.	Principio de transparencia.	75
2.2.5.2.	Principio de economía.	77
2.2.5.3.	Selección objetiva.	77
2.2.5.4.	Responsabilidad.	78
2.2.5.5.	Planeación.	78
3.	APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.	82

3.1. ETAPA DE PLANEACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	82
3.1.1. Programa de Gobierno y Acuerdo de Gestión.....	83
3.1.2. Presupuesto.....	85
3.1.3. Plan de Desarrollo y Plan de Acción.....	87
3.1.3.1. Banco de Programas y Proyectos de Inversión.....	90
3.1.3.2. Plan Anual de Adquisiciones.....	90
3.1.4. Estudios Previos.....	91
3.1.4.1. Descripción de la necesidad.....	94
3.1.4.2. Objeto a contratar, licencias, permisos y autorizaciones.....	94
3.1.4.3. Análisis del sector económico, valor estimado, evaluación del riesgo y exigencia de garantías.....	95
3.1.4.4. Justificación de la modalidad seleccionada.....	97
3.1.4.5. Criterios para seleccionar la oferta más favorable.....	97
3.1.5. Aviso de la Convocatoria.....	99
3.1.6. Proyecto de Pliego de Condiciones.....	101
3.1.6.1. Observaciones al Proyecto de Pliego de Condiciones.....	103
3.1.7. Acto Administrativo de Apertura.....	104
3.2. MECANISMOS PARALELOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.....	106
3.2.1. Mecanismos garantes.....	106
3.2.1.1. Derecho de Petición.....	107
3.2.1.2. Mecanismos de la Ley 1712.....	109
3.2.1.2.1. Portal o página Web.....	109
3.2.1.2.2. Ministerio Público.....	110
3.2.1.3. Gobierno en línea.....	110
3.2.1.4. Gobierno abierto.....	111
3.2.1.5. Urna de cristal.....	111
3.2.2. Sistemas de Responsabilidad.....	112
3.2.2.1. Responsabilidad sancionatoria.....	113
3.2.2.1.1. Responsabilidad penal.....	113
3.2.2.1.2. Responsabilidad disciplinaria.....	115
3.2.2.2. Responsabilidad patrimonial.....	117
3.2.2.2.1. Responsabilidad administrativa.....	117
3.2.2.2.2. Responsabilidad civil, ante la jurisdicción contencioso administrativa por repetición.....	118
3.2.2.2.3. Responsabilidad fiscal.....	119
CONCLUSIONES.....	120
REFERENCIAS.....	123
ANEXOS.....	138

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TÍTULO: ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO

AUTORES: MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ
DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

FACULTAD: FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR: MARIO BARRAGÁN PACHÓN

RESUMEN

El acceso a la información pública es el derecho que tienen las personas de acceder a los documentos públicos, contemplado en el artículo 74 de la Constitución de 1991. Este abarca el derecho a informar y a estar informado de las manifestaciones públicas que no están sometidas a reserva legal. Sus orígenes se vislumbran en la Constitución de 1886. No obstante quien le da un verdadero reconocimiento como derecho fundamental independiente por primera vez es la Ley 4 de 1913, en su artículo 320 a saber: “todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva”. Por otro lado, la contratación pública es la representación de la función administrativa y está compuesta por cinco etapas: planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación. Para la investigación en concreto nos detenemos en la etapa de planeación, puesto que es en esta parte donde se posibilita en mayor medida la corrupción, ya que hay cabida a un direccionamiento de las condiciones contractuales futuras, a pesar que lo pretendido es ejecutar el Plan de Desarrollo favoreciendo el interés general y no el particular. Finalmente concluimos que la forma actual de garantizar el acceso a la información pública en la etapa de planeación en la gestión contractual del estado está orientada por varias disposiciones y mecanismos paralelos. Sin embargo, habida cuenta de todos estos mecanismos los índices de corrupción siguen siendo muy elevados.

PALABRAS CLAVES:

Información pública, gestión contractual, documentos públicos, planeación, fines del Estado.

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE PLANNING STAGE OF THE GOVERNMENT PROCUREMENT

AUTHORS: MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ
DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

FACULTY: LAWS FACULTY

DIRECTOR: MARIO BARRAGÁN PACHÓN

ABSTRACT

The access to public information is the right of people to access to public documents, referred in Article 74 of the Constitution. This includes the right to inform and the right to be informed of public documents that are not under legal reserve. Its origins are emerging in the Constitution of 1886. However what gives a true recognition as an independent fundamental right was the law 4 of 1913, in Article 320 as follows: "Everyone has the right to receive copies of documents existing in the secretariats and archives of administrative offices, provided they have no nature reserve". On the other hand, Government Procurement is the representation of the administrative function and comprises five stages: planning, selection, engagement, enforcement and liquidation. For research in particular we stop at the planning stage, since it is in this part where possible further corruption is, and there may be more corruption, although it intended is to run the Development Plan favoring the general interest and not the particular. Finally we conclude that the way to ensure access to public information in the planning stage in the Contract Management of the State is oriented by many dispositions and mechanisms. However, having seen all these mechanisms, corruption rates are still very high.

KEY WORDS:

Public information, Government Procurement, public documents, planning, goals of state.

VUE D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DE GRADE

TITRE: L'ACCES A L'INFORMATION DU PUBLIC DANS L'ETAPE DE PLANIFICATION DANS LE DROIT CONTRACTUEL

AUTEURS: MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ
DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

FACULTE: FACULTE DE DROIT

DIRECTEUR: MARIO BARRAGÁN PACHÓN

RÉSUMÉ

Le droit fondamental à l'accès à l'information publique est le droit à toute personne d'avoir accès aux documents publics, ce droit est réglé par l'article 74 de la Constitution Politique de 1991. Ce droit comprend le droit de donner l'information et le droit d'être informé des manifestations publiques qui n'ont pas de réserve légale. Ses origines viennent de la Constitution Nationale de 1886. Cependant, ce qui donne une vraie reconnaissance comme droit fondamental indépendant pour la première fois c'est la loi 4 de 1913, Code du Régime Politique et Municipal, article 320, c'est à dire: "Tout individu a droit de recevoir des copies de documents qui existent dans les secrétariats et archives des bureaux de l'ordre administratif, sauf s'ils ont un caractère de réserve (...)". D'un autre côté, le droit contractuel public est la représentation de la fonction administrative et est composé de cinq étapes distinctes: la planification, la sélection, la signature du contrat, l'exécution et la liquidation. Pour cette investigation, nous nous focaliserons sur l'étape de planification car c'est dans cette étape où la corruption est la plus évidente, puisqu'il y a la possibilité de donner une direction aux conditions quand le but est de développer le plan de gestion pour favoriser l'intérêt général et non pas particulier. En dernier lieu, nous concluons que la manière actuelle d'assurer l'accès à l'information du public dans l'étape de planification dans le droit contractuel public est guidée par plusieurs dispositions et mécanismes parallèles. Toutefois, compte tenu de tous ces mécanismes taux de corruption restent très élevés.

MOTS-CLES:

L'information publique, le droit contractuel public, documents publics, planification, objectifs d'État.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito es el trabajo de grado adelantado por dos estudiantes que optan por el título de abogados, amantes del derecho público, recién entregados a la aventura del ejercicio laboral de la gestión contractual del Estado, seriamente preocupados por los índices de corrupción que se presentan en Colombia. Casos muy conocidos como el direccionamiento de contratos y desfalco del peculio público sucedido en Bogotá durante la administración de Samuel Moreno Rojas entre los años 2007 a 2009, donde el Instituto Urbano de Desarrollo – IDU – violó los principios establecidos en las leyes que de contratación pública hablan, entregando de manera amangalada la ejecución de las obras de uno de los corredores viales más importantes de la ciudad capitalina a un grupo económico fuerte en la construcción, encabezado por Guido, Manuel y Miguel Nule, dejan en entredicho que los índices de percepción de corrupción presentados por Transparencia Internacional no pecan de falsos, situando a Colombia en el penoso puesto 83 de 168 países, con 37 puntos buenos sobre 100, es decir, estando por debajo del promedio mundial de 43 puntos, y de países como Cuba, el Salvador, Brasil, India y Senegal, que años atrás presentaban altos índices de corrupción y han logrado modificar sus ordenamientos internos y concientizar a la sociedad para evitar este tipo de actos.

Así las cosas, con esta monografía se pretende determinar de qué manera se materializa el derecho fundamental de acceso a la información pública, con el fin de desarrollar los principios constitucionales de democracia, participación y transparencia, en la etapa de planeación de los procedimientos administrativos de la gestión contractual del Estado, a través del análisis del surgimiento, contenido y alcance del derecho fundamental de acceso a la información pública, la comprensión del objeto y la finalidad de la gestión contractual, así como de los procedimientos, fases y diferentes modalidades de selección que en ella operan, estableciendo así el ámbito de aplicación del derecho fundamental mencionado, en la etapa de planeación de la gestión contractual.

Para ello debemos tener claro que el derecho fundamental de acceso a la información pública es el derecho que tienen todas las personas de acceder a los documentos públicos, contemplado en el artículo 74 de la Constitución Política de 1991, así como que la contratación pública es una de las formas mediante las cuales el Estado logra llevar a cabo los fines que le son

propios, a través de la adquisición de bienes y servicios que suplen las necesidades de la comunidad.

Lo que se demostrará del análisis de la normativa constitucional, legal y reglamentaria, así como del estudio jurisprudencial y doctrinario, es cómo el cúmulo de mecanismos de acceso a la información pública en la planeación no alcanza a ser suficiente y eficaz para satisfacer en su totalidad el alcance de los principios de transparencia, democracia y participación, importantísimos en un Estado social y democrático de derecho, pues a pesar de velar por su aplicación, los actos de corrupción siguen siendo abismales, lo que nos condujo a ultimar la necesidad de que se planteen soluciones, por parte del ejecutivo, el legislativo y la sociedad civil, abriendo las puertas a investigaciones futuras en la materia.

En el anterior entendido, el lector encontrará en esta tesis una estructura capaz de llevarlo a comprender a profundidad cómo está instituida la etapa de planeación y de qué forma cada principio de los arriba descritos se ve aplicado. Dicha estructura se concreta en tres capítulos, el primero de ellos encaminado a desarrollar una discusión acerca de la importancia del acceso a la información pública, para poder aterrizarlo en la etapa de planeación de la contratación pública; pasando así al segundo capítulo donde estudiará la gestión contractual desde dos aristas, de un lado se explicará aquella como un procedimiento administrativo compuesto por varias etapas, de otro lado se tratará su dogmática, fundamentos y principios, para culminar con explicación del principio que mayor aplicación debe tener en la etapa de planeación, este es, salvando la cacofonía, el principio de planeación; finalmente en el capítulo tercero, apartado medular del escrito, verá cómo se profundiza en la explicación de cada fase dentro de la etapa de planeación, destacando su alcance, importancia y forma de aplicación y materialización del acceso a la información pública, mencionando cómo se garantizan los principios de participación, democracia y transparencia en cada una de las fases. A modo de plus, y con el fin de soportar las conclusiones a que se arribó, se ofrecerá al lector un decálogo de mecanismo paralelos a los expuestos para garantizar el acceso a la información pública en la planeación y someramente se expondrá el régimen de responsabilidad por la violación de las obligaciones emanadas de esta garantía.

El estudio, el debate y a lucha contra la corrupción deben continuar.

1. DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

En sentencia T-493 de 1992 la Corte Constitucional esgrimió de manera somera el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública, manifestando que:

“el derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. El artículo 74 de la Constitución Nacional, al consagrar el derecho de acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera los demás derechos fundamentales ligados al mismo. El acceso a los documentos públicos no se traduce necesariamente en una petición o en la adquisición de nueva información. Es, pues, independiente tanto de la petición como de la información y, como tal, plenamente autónomo y con universo propio.”

En este entendido, el derecho de acceso a los documentos e información pública ha sido altamente estudiado por la Corte Constitucional y recientemente regulado por el Congreso de la República con la Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, ley de carácter Estatutario dado el contenido de derecho fundamental que tal garantía ha revestido. Sin embargo, este derecho fundamental no siempre fue reconocido como tal, a pesar de haber tenido un desarrollo normativo legal en el siglo XX, que salvo por la última década de dicho siglo, fue un avance muy precario.

Así las cosas, procederemos a dar un breve recorrido por la historia normativa que llevó el derecho de acceso a la información pública de estar contenido en un artículo legal, a ser reconocido por la Constitución de 1991 como un derecho humano social, elevado a la categoría de fundamental por la Corte Constitucional y posteriormente reconocido como tal por el Congreso de la República, como veremos más adelante.

1.1. HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

1.1.1. Orígenes e historia del Derecho Fundamental de acceso a la información pública en Colombia, una mirada anterior al artículo 74 de la Constitución Política de 1991.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional del 5 de agosto de 1886, el Estado colombiano sentó las primeras bases para hablar en Colombia del derecho a acceder a los documentos públicos. Tal acepción se entiende a través de su materialización en el artículo 45 del Estatuto en mención, que contenía similar disposición a la hoy consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política. El texto constitucional de 1886 disponía en el artículo 45 que “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”. Nada diferente a su sucesor, el 23 de la C.P. Cabe comentar que la Constitución del 86 nada dijo acerca de los documentos públicos en sentido estricto, sino que se limitó a consagrar el derecho de petición como lo conocemos hoy en día.

Fue 27 años después que el Congreso de la República legisló sobre el acceso a la información pública y la reserva legal por primera vez, por medio del Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4 de 1913, que en su artículo 320 disponía que “todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva (...)”.

Con tal norma el legislador intentó aplacar el descontento generalizado que existía frente al excesivo ocultamiento de documentos públicos de la época. Sin embargo, el descontento persistió, a tal punto que llevó al Gobierno Nacional a expedir el primer código acerca de los procedimientos administrativos iniciados por medio del derecho de petición. Produjo de esta manera el Decreto 2733 de 1959, proferido en el segundo mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo, que dispuso en el artículo 1º que “es deber primordial de todos los

funcionarios o agentes públicos, vinculados a las ramas del poder público o a los establecimientos o institutos oficiales o semioficiales, nacionales, departamentales o municipales, hacer efectivo el ejercicio del derecho que consagra el artículo 45 de la Constitución, mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que, en términos comedidos, se les formulen y que tengan relación directa con las actividades a su cargo”. Igualmente sirvió como hito para reglamentar el derecho de petición, pues no quedó corto a la hora de reglar el procedimiento gubernativo, hoy administrativo, la interposición de recursos en sede administrativa y la función de control del ejercicio del derecho, en el ministerio público.

Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970 se encargó de distinguir entre documentos públicos y privados, aunque parecía obvia su diferencia, el vacío legal sirvió de sustento a los funcionario públicos para negar el acceso a documentos, al considerar erróneamente que de la administración también emanaban documentos privados aun cuando fueran proferidos en ejercicio de la función administrativa.

Dos años más tarde el Presidente Misael Pastrana Borrero sancionó la Ley 16 de 1972, la cual incorporó y reglamentó la fuente más grande en materia de derechos humanos en Latinoamérica, la Convención Americana de los Derechos Humanos, que además de tener presente el acceso a los documentos públicos, reconoció la prerrogativa fundamental de acceder libremente a la información por cualquier medio legal, así como difundirla cualquiera que sea su índole. Paralelo a este acontecimiento internacional de la OEA, en Estados Unidos el caso Nixon – Watergate¹ generó un auge informativo, que puso a los funcionarios públicos en la mirada de los periodistas, en busca de conductas irregulares para darlas a conocer al mundo entero, donde los periodistas colombianos no fueron la excepción. Simultáneamente en Colombia se abrió la puerta a que se regulara con mayor rigor el derecho de acceso a la información pública por el bochornoso impase del Senado de la República, cuando Daniel Samper y Alberto Donadio solicitaron a dicha cámara del Órgano legislativo que expidiera copia de los documentos de nómina, para una investigación adelantada a expensas de El Tiempo. El Senado accedió, y como consecuencia, una vez publicada la investigación fueron “vetados” en una solicitud posterior.

¹ El Caso Nixon – Watergate puso al descubierto una serie de irregularidades con ocasión de la reelección presidencial de la época en los Estados Unidos, donde por unanimidad la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró necesario poner en conocimiento de las autoridades documentos y videos claves para ajusticiar los sujetos involucrados con el ingreso de los fondos para sufragar la campaña presidencial.

Dentro de los primeros avances jurisprudenciales, el 26 de mayo de 1976, el Consejo de Estado estimó como principio básico de una democracia, la efectiva realización de los derechos que permiten hacer un adecuado control sobre la administración pública, haciendo especial hincapié en el derecho de acceso a la información pública. Según Alberto Donadio (2012) el Consejo de Estado verdaderamente exaltó la aplicación del derecho en mención, que para la época no era considerado como fundamental. En nuestro entender, este fallo sirvió de pilar para fundamentar uno de los más grandes cimientos de los principios constitucionales de transparencia, participación y democracia, característicos del Estado social y democrático de derecho en el que estamos.

Antes de la constitucionalización del derecho al acceso a la información pública dos importantes normatividades fungieron como soporte para su materialización y protección. De un lado el Decreto 001 de 1984, el Código Contencioso Administrativo, que regulaba el derecho de petición previo a la expedición de la Ley 1437 y 1755. De otro, la Ley 57 de 1985, que ordenó a todas las entidades estatales publicar los documentos en las Gacetas, Diarios y demás medios que permitieran la comunicación de las decisiones administrativas. Esta última además reguló la reserva legal, aclarando que los documentos sometidos a ella solo lo estarían por un plazo máximo de 30 años. Finalmente reglamentó el recurso de insistencia para la solicitud judicial de documentos sujetos a reserva.

Así, tras todos estos avances legislativos, jurisprudenciales e incluso periodístico-informativos que le dieron un desarrollo al derecho fundamental de acceso a la información pública, el 7 de julio de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente con la promulgación de la Constitución Política, lo constitucionalizó incorporándolo en la Carta Fundamental en su artículo 74.

1.1.2. Fundamento Constitucional:

1.1.2.1. Estado social de derecho.

Ahora bien, con la Constitución de 1991, Colombia dio un paso importantísimo hacia la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico (tanto en materia de derecho público, como tratándose de derecho privado) irradiando el sistema con principios y valores que solo se podrían ver materializados a través de un Estado social de derecho, en ocasiones denominado por la doctrina y la jurisprudencia “social y democrático de derecho” o “constitucional y democrático de derecho”.

La Corte Constitucional en sentencia C-587 de 1992 quiso definir de manera sucinta el nuevo modelo jurídico, político y económico de Colombia, su principal preocupación y el papel que juega este para los ciudadanos, estableciendo que:

“En el Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas (sic) allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre si (sic). En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.”

También lo hizo en sentencia C-566 de 1995, disponiendo que:

“El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el

principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático.”

Con esta acepción la Corte vislumbró una de las grandes diferencias entre el Estado de Derecho y el Social de Derecho, y fue entonces de esta manera como pudimos superar el primero, que contenía un cúmulo de prerrogativas emanadas de las revoluciones liberales, difícilmente materializables dado el paupérrimo sistema para ponerlas en marcha. Bajo estos presupuestos podríamos decir que el Estado social y democrático de derecho difiere sustancialmente de su predecesor al menos en estos temas, (a) la puesta en marcha del contenido constitucional, (b) la fuerte carga de principios, (c) la posibilidad de accionar frente al incumplimiento de la Constitución y (d) los fines del Estado social y democrático de derecho.

(a) El primero de ellos se puede ver en la clasificaciones que se ha hecho de la división de la Constitución, donde se expresa que la misma se fracciona en dos partes, (i) una dogmática encargada de consagrar el querer ser del Estado, los derechos de las personas y su forma de hacerlos efectivos, y otra (ii) orgánica que contiene la organización del Estado, tendiente a materializar todas las disposiciones de ese querer ser de la parte dogmática. Así, refiriéndose a la forma de operar de la Constitución, la Corte Constitucional en sentencia T-406/92 esgrimió:

“La Constitución esta (sic) concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una

institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.”

(b) La segunda gran distinción es la que inicialmente tocamos, hablando de los principios y valores, que son el sustento de todas las normas jurídicas, es decir, que funcionan como reglas para identificar si una disposición se adecúa o no al modelo de Estado que pactamos en 1991. Por tal razón traeremos a colación los tres principios que abarcaremos en el desarrollo de todo el temario, los cuales permiten un adecuado goce de las disposiciones dogmáticas de la Constitución, son estos:

- El principio de participación, que consiste en la intervención plural de los asociados en la toma de decisiones, no solo respecto del uso de los mecanismos establecidos en el artículo 40 de la norma constitucional, sino mediante una activa participación en la dirección del Estado, entre otros, a través de la injerencia en los procedimientos administrativos de que trata esta tesis. Así pues, la Corte en sentencia C-585 de 1995 definió el contenido de este principio así:

“El principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia. El concepto de democracia participativa no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, consultas populares, revocación del mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.”

- El principio de democracia, que encuentra sustento en la soberanía y la igualdad material de que habla el texto constitucional, es un pilar fundamental del Estado social de derecho que busca que las decisiones tomadas que influyan directamente o indirectamente en la nación sean realizadas bajo la aquiescencia de al menos un sector mayoritario de la población, dando a todos la posibilidad de participar en dicha toma de decisiones. Así lo expreso la Corte en sentencia C-021 de 1996:

“La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluído (sic) del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio.”

- Finalmente el tercer principio que trataremos será el de transparencia, principio consecuencial de los dos anteriores y sin el cual ellos no tendrían mayor importancia. Este mandato procura porque los gobernados conozcan de primera mano, con veracidad y certeza cómo se están ejecutando las políticas, planes, proyectos y demás cosas en el Estado. Decimos que no tendrían mayor importancia los otros dos principios, pues de no ser por la transparencia nada obstaría para que la participación y democracia se derrumben ante la incertidumbre de los administrados. Así, la Corte lo ha definido en sentencia C-274 de 2013:

“la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos.”

Estos tres principios son de vital importancia para el derecho que hemos venido tratando, puesto que una de las formas de garantizar la aplicación de aquellos es a través de la adecuada materialización de este.

(c) La tercera diferencia que enunciamos es la posibilidad de accionar ante el incumplimiento de la Constitución. Tal característica es quizás la más importante a la hora de

distinguir entre los dos modelos de Estado que vimos, dado que uno de los hechos que llevó al declive del Estado de Derecho fue la imposibilidad de garantizar los mandatos constitucionales. En este orden de ideas, la Asamblea Nacional Constituyente optó por consagrar una variada carta de mecanismos para accionar frente a dicha inaplicación, mecanismos que van desde la acción de tutela para el más concreto de los casos, hasta la acción de inconstitucionalidad en el más abstracto.

Esta diferencia podría sintetizarse en la aplicación del derecho de acceso a administración de justicia, que a pesar de ser genérico también constituye una limitante para el ejercicio de las acciones constitucionales. Este derecho fue definido por la Salvaguarda de la Constitución en sentencia T-295 de 2007:

“El acceso a la administración de justicia tiene tres pilares que lo conforman, a saber, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva. Estos presupuestos tienen sustento en los principios democráticos y los valores que guían la debida administración de justicia y por tanto el Estado Social de Derecho porque no solo los encargados de administrar justicia tienen la responsabilidad de hacer todo aquello que corresponda para solucionar un litigio y restablecer los derechos conculcados, sino también todas aquellas autoridades que tienen a su alcance propender por el acceso, la práctica de pruebas y finalmente cumplimiento de los fallos.”

(d) Los fines del Estado, es decir, esa razón de ser del Estado se puede resumir en el siguiente párrafo tomado de la sentencia C-585 de 1995 atrás citada:

“Las finalidades propias del Estado de derecho son las de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y facilitar la participación, sin menoscabo del derecho a la igualdad, y con fundamento en el principio de equidad.”

1.1.2.2. Fines del Estado vinculados con el derecho fundamental de acceso a la información pública.

Del epígrafe anterior, quisiéramos destacar dos fines del Estado, fuertemente ligados al derecho fundamental de acceso a la información pública:

- a. Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes.
- b. Facilitar la participación, sin menoscabo del derecho a la igualdad, y con fundamento en el principio de equidad.

El primero de ellos está ligado al derecho fundamental en mención, pues como se dijo anteriormente, de su efectiva realización depende la adecuada aplicación de los principios constitucionales de participación, transparencia y democracia, columnas fundamentales del Estado social de derecho. Lo que queremos hacer ver es que estos tres principios pueden ser traídos al mundo terrenal a través del respeto y puesta en marcha por parte del Estado de este derecho fundamental. Respecto del segundo, lo que concebimos es que la participación de todos en la toma de decisiones en la esfera de la igualdad, se puede gestar cuando el Estado logra efectivamente garantizar a cada uno de los administrados el acceso sin discriminación alguna a la información pública, y que esta no está restringida solamente a un grupo determinado de personas, o lo que es peor, a una élite. No obstante, lo que pretendemos demostrar es que el acceso a la información pública necesita de mecanismos más estrictos para su utilización, pues con la normativa actual no basta para que este logre su punto máximo.

1.1.2.3. Derecho de petición como garantía del acceso a la información pública.

Probablemente la forma más oportuna, certera y altamente desarrollada para garantizar el acceso a la información pública con la legislación actual, es el derecho de petición y toda su positivización, contenida desde el artículo 23 constitucional, hasta la Ley 1755 de 2015.

Decimos que es una de las más oportunas, certeras y demás, pues consideramos que no es la única vía, y que a pesar de estar sumamente relacionados no existen exclusivamente el uno para el otro, razón por la cual el Legislador los regló en dos leyes estatutarias distintas, la 1712 y la 1755. Diferimos de la postura tomada en la Sentencia T-605/96, pues la Corte limitó el acceso a la información pública a su utilización a través del derecho de petición:

“El derecho a acceder a documentos públicos está directamente relacionado con el derecho de petición, al ser una manifestación específica del mismo. El derecho de petición es el género, y el acceso a documentos públicos o a determinadas informaciones, es la especie. El derecho a acceder a documentos públicos no sometidos a reserva, siendo fundamental, está reglamentado y protegido por la ley.”

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RESTRICCIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

1.2.1. Generalidades. Avances normativos y jurisprudenciales desde la Constitución de 1991 hasta la Ley 1712 de 2014.

Desde la Constitución de 1991 varios han sido los avances que dieron lugar a que el Congreso tramitara el proyecto de ley estatutaria que dio origen a la Ley 1712 de 2014, los cuales, al igual que lo hicimos en el título primero de este capítulo, explicaremos brevemente de manera cronológica.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el derecho de acceso a la información pública no había tenido el carácter de fundamental muy definido, pues varias eran las hipótesis que manejaba la Corte a la hora de tutelar o enfrentarlo a disposiciones normativas. De un lado, existía la postura más cerrada consideraba que este derecho no era fundamental per se por tratarse de un derecho contenido en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que su contenido y desarrollo eran programático. Sin embargo se procedía a su tutela

apelando a la conexidad encontrada entre este y el derecho de petición. Así lo dejó ver la Corte en sentencia T-621 de 1996:

“El derecho que tiene toda persona de acceder a documentos públicos, es un derecho fundamental en la medida en que se encuentra en íntima conexidad con derechos fundamentales expresamente consagrados, como lo son los derechos de petición e información.”

Una segunda postura que ha hecho carrera en las salas de tutela de la Corte, que como ya se dijo diferimos de ella. Esta postura consiste en considerar que el derecho de petición y el derecho del acceso a la información pública son fundamentales, pero este último solo se materializa a través del de petición y por lo que no es un derecho independiente, sino que existe tras una relación de género y especie con el derecho de petición. Posturas como esta se pueden encontrar en sentencias como la T-074 de 1997:

“El derecho de petición, como género envuelve el derecho de solicitar informaciones por parte de los ciudadanos; el acceso a la información sobre las actividades de la administración y el derecho a pedir y obtener copia de sus documentos lo cual constituye una forma de su ejercicio y una garantía ciudadana esencial en cualquier democracia. En consecuencia, los particulares pueden, verbigracia, conocer la forma como están organizadas las entidades públicas, su naturaleza jurídica, sus funciones o la manera como se tramitan y deciden los diversos asuntos de las mismas.”

Sin embargo, una tercera postura, la cual consideramos más apropiada, se sustenta en el entendido de que la Corte Constitucional optó por tutelarlos de manera directa, no obstante de vincularlos casi en la totalidad de los casos al derecho contenido en el artículo 23 constitucional. Esta postura se puede encontrar en sentencias como la T-464 de 1992, que al referirse al derecho de petición y el silencio administrativo dijo:

“La protección del derecho de petición puede ser demandada por medio de la acción de tutela, para lo cual es presupuesto indispensable la existencia de actos u omisiones de la autoridad que obstruyan el ejercicio del derecho o no resuelvan oportunamente sobre lo solicitado. No se entiende conculcado cuando la autoridad responde al peticionario,

aunque la respuesta sea negativa. El derecho a obtener una pronta resolución hace parte del núcleo esencial del derecho de petición y de aquel depende la efectividad de este último. El legislador al regular el derecho fundamental de petición no puede afectar el núcleo esencial del derecho, ni la exigencia de pronta resolución. El silencio administrativo positivo, en cuanto equivale a una decisión administrativa favorable a la petición formulada por la persona interesada, es una manifestación del derecho de petición de estirpe constitucional. Es evidente que esta concreción del derecho de petición como forma expedita de declaración de la titularidad del derecho supera en celeridad y eficacia a la misma acción de tutela, la cual por lo tanto no procede como medio para pretender su reconocimiento.”

“Si dentro de los tres (3) días siguientes a la consumación del silencio administrativo positivo, no se entregan las copias del correspondiente documento, se vulnera por la autoridad el derecho fundamental a la obtención de la copia del respectivo documento público, derecho este derivado, como se explicó, del derecho fundamental de petición y que necesariamente se integra, por mandato constitucional y legal, a su núcleo esencial. Es palmario que para la defensa y efectividad del susodicho derecho no existe en el ordenamiento ningún medio judicial diferente de la acción de tutela que pueda garantizar en términos de eficacia y celeridad su protección inmediata. La efectividad del derecho a obtener copias es manifestación concreta del derecho a obtener pronta resolución a las peticiones formuladas que también hace parte del núcleo esencial del derecho de petición. la negativa de la autoridad pública a contestar dentro del plazo legal la solicitud de copias de un documento público, vulnera igualmente el derecho constitucional a acceder a los documentos públicos.”

También en la sentencia T-527 de 2005, donde la Corte estableció la relación imprescindible entre el acceso a la información pública y el principio de democracia:

“Respecto a la naturaleza del derecho, la jurisprudencia constitucional ha concluido la existencia de un derecho fundamental autónomo al acceso a los documentos públicos, el cual se deriva de la disposición normativa prevista en el artículo 74 de la Carta, que, a su vez, es una expresión concreta del ejercicio del derecho de petición ante las

autoridades del Estado. En relación con el contenido del derecho, el precedente parte de considerar que el acceso a los documentos públicos es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio del control ciudadano de la actividad estatal, posibilidad que a su vez es un rasgo propio del modelo constitucional democrático, participativo y pluralista previsto en el artículo 1º de la Carta. Este entendimiento lleva a que la estipulación contenida en el artículo 74 Superior sea una fórmula amplia y genérica, que faculta al individuo para la consulta y reproducción de todos los documentos públicos, con excepción de los excluidos por mandato de la ley.”

Así, podemos entender que el derecho fundamental de acceso a la información pública deriva del derecho a hacer peticiones respetuosas a las autoridades, pero su contenido no se agota con este último, sino que dado su carácter autónomo debe garantizarse por medio de otros mecanismos. Ahora bien, la Corte también ha analizado casos específicos como los que veremos en las siguientes citas jurisprudenciales:

- Respecto de los partidos políticos en la sentencia C-089 de 1994: “El acceso a la información y documentación oficiales, es condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos de gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición. No se entiende cómo se pueda controlar el poder político si los asuntos de interés público se mantienen ocultos a la oposición y a los ciudadanos. La norma examinada reconoce en cabeza de la oposición un derecho que pretende asegurar total transparencia al manejo de la cosa pública, a fin de consentir la confrontación leal e igualitaria entre las minorías y las mayorías - que no pueden detentar información privilegiada o monopolizar sus fuentes - y el ejercicio del derecho al control del poder político.”
- Tratándose de actividades de inteligencia y contra inteligencia la Corte manifestó que solo se puede garantizar el derecho de acceso a la información pública, sin con su aplicación no se vulnera el de intimidad, que como derecho intangible conlleva a la posible violación de la honra y el buen nombre por su desacato, así lo dijo en sentencia C-540 de 2012: “la divulgación de los hechos privados; y finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos estos dos últimos que

rayan con los derechos a la honra y al buen nombre. (...) Si bien el derecho a la intimidad no es absoluto, ya que puede ser objeto de limitaciones o interferencias pero sólo por razones de “interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”, y dichas limitaciones deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto del sistema democrático.”

- Con respecto a la situación de vulnerabilidad de las personas víctimas del desplazamiento forzado, la Corte estableció que deben crearse ruta expeditas para hacer efectivos sus derechos y garantizar que accedan a la información pública, especialmente a la del estado de sus trámites, esto lo expresó en la sentencia T-885 de 2014: “Esta Corporación ha definido que es una obligación del Estado suministrar a la persona desplazada de forma clara, precisa y oportuna, toda la información que requiera sobre el alcance y contenido de sus derechos, y como hacerlos efectivos ante las autoridades competentes, a través del fácil acceso a los procedimientos administrativos dispuestos para tal fin.”

Por otro lado, desde el punto de vista normativo, el mayor avance ha sido la Ley 1712 que contiene una robusta reglamentación de su aplicación, que procederemos a desglosar brevemente, previo a enunciar una postura frente a una normatividad anterior a ella. Para empezar, la Ley 80 de 1993, de la que hablaremos en el segundo capítulo de esta tesis, incorporó en su contenido legal el principio de transparencia, que como ya se vio está fuertemente ligado al derecho fundamental en mención. La Ley 1437, declarada parcialmente inexecutable por haber regulado un derecho fundamental sin que fuera una ley estatutaria, ha sido considerada por algunos tratadistas (Donadio, 2012) como un retroceso en materia del derecho de acceso a la información pública, pues a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad, con la 1437 se derogaron varias disposiciones que contenían una protección o siquiera conceptualización genérica del derecho fundamental en mención.

De la mano con lo anterior, uno de los principios más relevantes que contiene la Ley 1712, se encuentra normado en el artículo 2, este es el de máxima divulgación, que ya había sido estudiado por la Corte Constitucional, donde su jurisprudencia se encargó de aterrizar el contenido dogmático de este principio, que no es otra cosa que la obligación de reglar de manera

estricta los casos que pueden sujetarse a reserva. Sobre este principio la Corte se refirió varios años antes en sentencia T-1025 de 2007:

“Tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiestan que la regla general es la del acceso general a la información que reposa en el Estado – “principio de la máxima divulgación” -, como condición fundamental para la existencia del Estado democrático, respetuoso de los derechos de las personas. Sin embargo, que alguna información quede en secreto, de acuerdo con lo que determine la ley, lo cual en el contexto colombiano exige una decisión del Congreso de la República. Empero, la determinación debe ser motivada, debe respetar los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad, a partir de un test estricto, y, además, las excepciones a la regla del acceso deben interpretarse siempre en forma restrictiva.”

Otro principio que consideramos de vital importancia y que sustenta nuestra idea de que el derecho de acceso a la información pública no solo se garantiza a través del derecho de petición, es el principio de divulgación proactiva de la información, que consiste en el fomento de la aplicación del principio de la transparencia, en pro de divulgar los documentos públicos a través de medios masivos de comunicación, sin que sea necesaria la solicitud del ciudadano para su conocimiento.

Los demás principios que definió la Ley 1712 son los de transparencia (previamente estudiado, buena fe (actuar de manera lícita en la solicitud de información), facilitación (imposibilidad de imponer exigencias adicionales a las que la ley contiene), no discriminación, gratuidad, celeridad, eficacia, calidad de la información (que la información sea “oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable y estar disponible en formatos accesibles”) y el de responsabilidad en el uso de la información (frente a la utilización que el solicitante le quiera dar a la información suministrada). La Ley también enfatizó en la garantía constitucional y su aplicación cuando esta no deviene de una solicitud de información, sino que se despliega del ejercicio habitual de la función administrativa. Así, artículos 11 a 17 regulan la forma de materializar el acceso a la información del Estado a través de la publicación de ciertos documentos específicos de interés general.

Por otro lado, la Ley estatutaria en estudio también reguló las restricciones, límites o excepciones en la aplicación del derecho, de las cuales procederemos a hablar desde el punto de vista legal y jurisprudencial.

1.2.2. Sujetos sometidos a la Ley 1712.

El artículo 5 de la Ley 1712 delimita el ámbito de aplicación de las disposiciones en ella contenidas, el cual puede resumirse en los siguientes términos:

- a. Todas las entidades públicas, sin discriminación alguna.
- b. Las personas naturales y jurídicas, que ejerzan función administrativa, en lo relacionados a la prestación de un servicio público y/o respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función.
- c. Las empresas públicas o donde el Estado tenga participación.
- d. Los partidos políticos, movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos.
- e. Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.
- f. Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien.

Así las cosas, están sometidos a la observancia de la Ley 1712, en principio, todos los sujetos que de una u otra manera desarrollen función administrativa, sumado a varios sujetos que por su calidad administran información de interés público, como son los partidos políticos, movimientos políticos y por extensión los grupos significativos de ciudadanos, las entidades que manejen recursos del sistema de seguridad social y parafiscales cuyo origen sea público. Así

mismo, el legislador abarcó las demás personas que a pesar de no estar en aquella lista pueden llegar a almacenar información sujeta al acceso público, reglando así su aplicación en el inciso final del artículo citado, solo a efectos de que suministren la información que revista tal cualidad.

1.2.3. Restricciones: Reserva legal, recurso de insistencia y acción de tutela.

1.2.3.1. Documentos e información sujeta a reserva Ley 1712.

La Ley 1712 estableció un marco de referencia respecto de las restricciones, al fijar unos parámetros ligados a la posibilidad de la concreción de un daño en una persona en particular o en el interés público que le asiste a la sociedad. Así, los artículos 18 y 19 consideran que las solicitudes de información que se realicen con menoscabo a las situaciones allí consagradas podrán ser rechazadas o denegadas, siempre que se motive por escrito la decisión de la negativa. El artículo 18 se refirió al primer escenario, es decir, a los daños hechos a personas naturales o jurídicas, en los siguientes términos:

“a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado.

b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad.

c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales.”

Del mismo modo, el 19 hizo lo propio respecto de la segunda situación, o sea, cuando lo que se busca evitar es un daño al interés o intereses públicos:

“a) La defensa y seguridad nacional;

b) La seguridad pública;

c) Las relaciones internacionales;

d) La prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso;

e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales;

f) La administración efectiva de la justicia;

g) Los derechos de la infancia y la adolescencia;

h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país;

i) La salud pública.

PARÁGRAFO. Se exceptúan también los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.”

Con estos artículos se quiso dar una protección amplia a los documentos e información emanada de las autoridades en ejercicio de función administrativa, lo cual no les enviste de un poder omnímodo, pues su potestad de “ocultar” información fue reglada en los artículos 20 a 22 con tres barreras, (i) la información sujeta a reserva debe estar claramente individualizada, lo que interpretamos como un paso previo a cualquier negativa de información, ya que el no haber agotado tal requisito comporta una imposibilidad de negar la solicitud realizada; (ii) cuando la información solicitada esté sometida a reserva solo de manera parcial, esta será puesta en conocimiento al público a través de documentos que solo oculten la información que sí lo está; (iii) las autoridades no podrán negarse a informar si la información se reposa en sus archivos, pues a pesar de estar sujeta a reserva, la información de su existencia, salvo en casos excepcionales, no lo está; (iv) finalmente, las reservas no podrán exceder el término de 15 años, contados a partir de la fecha en que fueron proferidos, mas no solicitados.

1.2.3.2. Documentos e información sujeta a reserva por la Ley 1437 y 1755.

Además de la normatividad atrás citada, la Ley 1755, que reglamentó el derecho de petición tras la declaratoria de inexecutable de los artículos pertinentes de la Ley 1437, introdujo otras restricciones a la publicidad del 74 constitucional. Tales limitaciones al derecho fundamental refieren a los siguientes documentos:

- “1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.*
- 4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.*
- 5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.*
- 6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.*
- 7. Los amparados por el secreto profesional.*
- 8. Los datos genéticos humanos.”*

1.2.3.3. Jurisprudencia.

Al verificar la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria que devino en la Ley 1712, la Corte Constitucional en sentencia C-274 de 2013 evocó los requisitos mínimos exigidos al legislador y las autoridades administrativas para someter documentos a reserva, así lo dijo en aquella oportunidad la Corte:

“Es relevante recordar las reglas jurisprudencias que deben cumplirse al establecer restricciones a la publicidad de la información, a fin de dar claridad a las condiciones que deben atenderse cuando se pretenda oponerse a la publicidad de un documento o información, dado que tales requisitos fueron recogidos de manera sumaria en esta disposición. En la sentencia T-451 de 2011 la Corte resumió los requisitos en los siguientes términos: Las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada. A este respecto la Corte ha señalado que existe una clara obligación del servidor público de motivar la decisión que niega el acceso a información pública y tal motivación debe reunir los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. En particular debe indicar expresamente la norma en la cual se funda la reserva, por esta vía el asunto puede ser sometido a controles disciplinarios, administrativos e incluso judiciales. Los límites del derecho de acceso a la información pública debe estar fijados en la ley, por lo tanto no son admisibles las reservas que tienen origen en normas que no tengan esta naturaleza, por ejemplo actos administrativos. No son admisibles las normas genéricas o vagas en materia de restricción del derecho de acceso a la información porque pueden convertirse en una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. La ley debe establecer con claridad y precisión (i) el tipo de información que puede ser objeto de reserva, (ii) las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, (iii) las autoridades que pueden aplicarla y (iv) los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas. Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la

finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad (principio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, se han considerado legítimas las reservas establecidas (1) para garantizar la defensa de los derechos fundamentales de terceras personas que puedan resultar desproporcionadamente afectados por la publicidad de una información; (2) para garantizar la seguridad y defensa nacional; (3) para asegurar la eficacia de las investigaciones estatales de carácter penal, disciplinario, aduanero o cambiario; (4) con el fin de garantizar secretos comerciales e industriales.” (La negrita fuera de texto)

De tal cita jurisprudencial quisiéramos resaltar dos elementos, el primero es que la interpretación que se debe hacer las normas contenidas en los artículos 19 y 20 de la Ley 1712, y aquellas que sujeten información a reserva, debe hacerse de manera estricta, por lo que no puede el operador administrativo extralimitarse en sus entender y dar una aplicación diferente a la gramatical, apelando a interpretaciones diferentes, con el fin de ocultar información erradamente amparado en la disposición legal. En un segundo plano, destacamos lo que más adelante será objeto de estudio, que es el mecanismo, en este caso judicial, idóneo para controvertir los actos que niegan información de carácter público por estar sometida a reserva, este es, el recurso de insistencia ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, quisiéramos citar algunos eventos que la Corte Constitucional ha estudiado, respecto de reservas a la publicidad de información en particular. Así veremos sentencias a cerca de (i) la reserva de información especial para servidores públicos, (ii) la obligatoriedad de que la reserva sea de carácter legal, (iii) la publicidad de las propuestas presentadas en los procedimientos contractuales, y (iv) la necesidad de fijar un límite temporal razonable a las reservas que fije la ley.

(i) En sentencia C-711 de 1996 estudió la constitucionalidad de una disposición normativa que establece la prohibición de dar información obtenida con objeto de haber ejercido las funciones de determinado cargo, aun cuando esta no esté sometida a reserva legal.

“El legislador tiene facultades para imponer prohibiciones a los servidores del Estado y tales prohibiciones pueden referirse al suministro de información que no esté protegida con legal, sin que ello implique que se les vulnere su derecho a la libertad de expresión, pues éste se reivindica sin condicionamientos respecto de la persona, pero admite limitaciones en tanto dicha persona asume el carácter de funcionario público; ahora bien, tales prohibiciones se aceptan legítimas en el entendido de que la prohibición recae sobre el funcionario, por no tener éste competencia o autorización para suministrarla, por lo menos en determinados momentos o bajo determinadas circunstancias, y que al hacerlo aquel falta a su deber de discreción, pero no sobre la información misma, la cual debe estar a disposición de los ciudadanos en el momento oportuno, el cual será definido por las características mismas de los procesos específicos que en cada caso adelante la administración, dicha información deberán recibirla de las "autoridades públicas" responsables en cada caso, salvo que la ley haya establecido su carácter de reservada.”

(ii) En sentencia T-1258 de 2001 concedió un amparo de tutela al considerar que no operaba la negativa de entregar la información relacionada con accidentes aéreos, al manifestar que las reservas, al ir en contravía de un derecho fundamental, debe estar normada en una disposición de carácter legal, por lo que al ser una disposición reglamentaria la reserva normada carece de respaldo jurídico.

“Así las cosas, resulta evidente que la reserva de las investigaciones administrativas sobre accidentes aéreos que la entidad demandada opone al actor para negar los documentos por él solicitados, no emana de la ley, sino de un acto de la Administración dictado en ejercicio de su función reglamentaria, como lo es el Manual de Reglamentos Aeronáuticos adoptado por Resolución No. 2450 de 1974, del Jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil. Por ello mismo, siendo como es que en el presente caso no se está ante una reserva en sentido estricto, mal podría aducirse un tal reglamento para desatender las pretensiones del demandante.”

(iii) En materia de gestión contractual del Estado, en sentencia T-1029 de 2005 analizó la posibilidad de reservar la información contenida en las propuestas presentadas en los procedimientos administrativos de gestión contractual, y recordó, que la disposición contenida en el numeral 4 de la Ley 80 de 1993 no es una causal para no entregar información, puesto que lo que debe protegerse son los elementos allí establecidos, por lo que los demás acápite de las ofertas no están sujetos a la reserva y deben ser entregados como información pública que son.

“En efecto, como regla general mientras no se haya cerrado la licitación los oferentes pueden retirar, adicionar, completar, sustituir o modificar sus propuestas, razón por la cual en aras de preservar sus derechos y en definitiva garantizar la transparencia del proceso de contratación durante esta fase las ofertas serán reservadas. No obstante, una vez se produzca el cierre de la licitación y tenga lugar la apertura de las ofertas, éstas se tornan públicas y sólo subsiste la reserva relacionada con las patentes, procedimientos y privilegios, contemplada por el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En definitiva, las propuestas serán reservadas mientras no haya tenido lugar el cierre de la licitación, con posterioridad al cierre sólo subsistirán las reservas previstas por el numeral 4º del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

(iv) Finalmente, respecto de la temporalidad de la reserva legal, la Guardiania de la Constitución manifestó en sentencia C-540 de 2012 que debe haber un límite claro y expreso, por lo que no puede tornarse eterna la reserva, ni mucho menos indefinida en sus extremos temporales.

“La reserva de la documentación debe ser temporal, además de que el plazo a establecer resulta razonable y proporcional al bien jurídico que se pretende proteger. El presente inciso señala que el periodo de la reserva podrá extenderse hasta la desmovilización del grupo armado al margen de la ley, condición que es completamente incierta al mantener clasificada la información indefinidamente, por lo cual resulta desproporcionado al suponer una anulación del derecho de acceso a la información (arts. 1º y 29 superiores). Además una nueva prolongación del término de la reserva (más de 45 años), resultará

irrazonable y desproporcionada en relación con los beneficios que reportan principios como el de máxima divulgación de la información (art. 74 superior).”

1.2.3.4. Recurso de insistencia y acción de tutela.

Con la entrada en vigencia de la Ley 57 de 1985 se reglamentó por primera vez el recurso de insistencia, donde el competente para avalar o improbar la reserva legal era únicamente el Tribunal Administrativo de la respectiva jurisdicción, en única instancia. Tal mecanismo judicial, como estaba previsto en la Ley 57, consistía en un recurso expedito, el cual debía fallar en el término perentorio de 10 días.

Años después, la Ley 1437 entró a regular este recurso, en los mismo términos de la Ley 57, salvo por la atribución de la competencia, pues dependiendo de la Entidad que apeló a la reserva legal, será competente un Juez Administrativo o el Tribunal Administrativo, en atención a la creación de los juzgados administrativos.

Finalmente, en cuanto a la reglamentación del procedimiento en mención, la Ley 1755 reprodujo lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, dejando de un lado el vacío existente entre la declaratoria de inexequibilidad de la regulación del derecho de petición de la 1437 y la derogatoria del recurso de insistencia de la 1712.

Así pues, este procedimiento resulta claramente eficaz para hacer valer el derecho de acceso a la información pública de las personas, sobre todo por su corto término para decidir y la especialidad del juez de su conocimiento. Esto podemos evidenciarlo en fallos de recursos de insistencia como el del Tribunal Administrativo de Nariño, fechado el veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014), donde le fue protegido el derecho de acceso a la información pública a un ciudadano, al cual el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no quería brindar información acerca de la necropsia de su hijo, en virtud de una falsa reserva legal. En dicha sentencia, el fallador esgrimió dos requisitos *sine qua non* el recurso de insistencia debe operar.

“De manera entonces que el recurso de insistencia exige como presupuestos, los siguientes: i) que los documentos reposen en la entidad a la que se dirige la petición y ii) que una vez recepcionada la petición la entidad mediante decisión motivada niegue el acceso a la información o la expedición de documentos aduciendo reserva legal”. (La negrilla es nuestra)

Del anterior extracto resaltamos el requisito de que la entidad haya dado respuesta negativa a la solicitud, aplicando alguna reserva legal, pues diferente es el evento en que no se responde la solicitud, sino que se guarda silencio, sea o no “*amparado*” en una reserva legal, o el evento en que se niega la petición sin argüir reserva alguna.

Estas situaciones, de no haber respetado los términos legales para dar respuesta a la petición de un administrado o responderla sin aducir la reserva pertinente, abren la vía a que sea procedente la incoación de una acción de tutela por violación a los artículos 23 y 74 de la Constitución, como lo veremos en breve.

Así quedó dicho en sentencia T-074 de 1997, donde la Corte obligó a la Superintendencia de Notariado y Registro a brindar una información que en principio estaba sometida a reserva legal, pero que no fue aducida en el acto que negó su entrega, por lo que se conculcaron los derechos atrás mencionados.

“Por consiguiente la decisión negativa debió motivarse señalando su carácter reservado e indicando las normas jurídicas pertinentes que establecen excepcionalmente la reserva, situación que no se cumplió en el oficio referido, con lo cual se desconoció la garantía al derecho de petición y el acceso a documentos públicos, así como el debido proceso administrativo, por cuanto limitó la posibilidad eventual del ciudadano para interponer el recurso de insistencia contra la decisión que para el caso concreto era en el único mecanismo judicial con que contaba el peticionario, el cual debía ser resuelto (art. 21 ley 57 de 1985) por el Tribunal Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos; en consecuencia, la tutela es el único mecanismo de defensa judicial que surge para proteger el derecho fundamental de petición y de acceso a los documentos públicos.”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia T-534 de 2007, considerando que el recurso de insistencia se torna inoperante cuando la entidad no argumenta la reserva, pues no puede el recurrente insistir en su petición si la misma fue negada con ocasión de una razón diferente a la reserva legal.

“(...) en cuanto a la existencia de otro mecanismo judicial, la Sala observa que la acción de tutela resulta procedente en el caso concreto en la medida en que la aplicación del recurso de insistencia consagrado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 parte del supuesto según el cual la Administración niegue el acceso de la información requerida bajo el argumento de la existencia de alguna reserva de orden jurídico que limite tal acceso la ciudadanía. En este orden de ideas, el Tribunal de lo contencioso administrativo competente se encargará de examinar si la reserva alegada es valedera en el caso concreto o si, por el contrario, la demanda de acceso al documento público resulta legítima. En tal sentido, en la medida en que la entidad demandada se opuso a la pretensión elevada sin que mediara disposición legal o constitucional alguna que protegiera la información requerida —y en atención a las inocultables consecuencias que se siguen de la realización de este tipo de procesos sin que se permita a los ciudadanos ejercer algún tipo de control- la respuesta de la Administración constituye una vía de hecho que desborda el margen de competencia atribuido a la autoridad judicial de lo contencioso administrativo, y abre las puertas a la actuación del juez de tutela como garante de los derechos fundamentales.”

El mismo argumento se puede ver en sentencias como la T-1025 de 2007 *“(...) sí procede la acción de tutela, puesto que el recurso judicial contemplado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 se aplica solamente para aquellos casos en los que la respuesta negativa de la Administración para brindar la información solicitada está fundada en el argumento de que ella es reservada y se indican las normas legales pertinentes.”*

Diferente situación se evidencia cuando fue expuesta la reserva legal para negar la información solicitada, pues clara ha sido la Corte al considerar que este evento no vulnera los derechos fundamentales, sino que, como se dijo atrás, da paso a que el solicitante acuda a la

administración de justicia en uso del recurso de insistencia. Entre otras, este argumento puede verse en las siguientes sentencias.

En sentencia T-618 de 1995, la Corte revisó un fallo de tutela dentro de una acción interpuesta por un ciudadano luego haber recibido un fallo negativo tras solicitar un recurso de insistencia frente a una información negada por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES.

“Observa la Corporación que la decisión mediante la cual se resolvió la insistencia de la solicitud que le fue negada al actor, es una providencia judicial que fue proferida con sujeción a las disposiciones vigentes, y en cuya parte motiva el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera- hace un análisis jurídico acerca de las razones por las cuales se negó el acceso a los documentos solicitados por el peticionario, en relación con la resolución No. 941 del 20 de abril de 1995 emanada del ICFES, que le dieron el carácter de reserva a los bancos de preguntas utilizadas en los exámenes de Estado y pruebas que este practique, de conformidad con el artículo 24 del Decreto Ley 1211 de 1993.”

En sentencia T-881 de 2004:

“(…) el ordenamiento jurídico ha previsto un recurso de insistencia para controvertir la validez de la decisión de una entidad de negar el acceso a documentos que considere sometidos a reserva. Este mecanismo procesal es breve y especial para cuestionar la restricción al acceso a los documentos que el actor considera públicos, por lo que resulta plenamente eficaz para buscar la protección a los derechos mencionados. La competencia para verificar la validez de los pronunciamientos del Comandante accionado, para ordenar la entrega de las copias del libro de minuta de guardia y para revelar la identidad del personal militar y civil que participó en la operación militar del 15 de marzo en la que fue retenido el actor, es del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, y no del juez de tutela.”

1.2.4. Contratación pública.

El artículo 10 de la Ley 1712 consagra la obligación del Estado de aplicar el derecho de acceso a la información pública en los trámites de la gestión contractual del estado, tal artículo dispone que “en el caso de la información de contratos indicada en el artículo 9o literal e), tratándose de contrataciones sometidas al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces, a través del cual podrá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.”. Este tema se tratará de manera profunda en los siguientes capítulos.

No obstante, es pertinente desde ya, aclarar la importancia de dar a aplicación a este derecho fundamental dentro de los procedimientos de contratación pública. Esta importancia radica en que blindando de transparencia, democracia y participación los trámites contractuales, se logra en mayor medida satisfacer los fines propios del Estado social de derecho, a la vez que se intenta mitigar la malversación del erario público, que conforme estudios internacionales, en Colombia la corrupción presente en la función administrativa alcanza niveles gigantescos frente al panorama mundial, como se puede evidenciar de informes como los rendidos por Transparencia Internacional, ONG que vela por la disminución de los índices de corrupción a nivel mundial.

2. GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Una vez revisado el alcance del derecho fundamental de acceso a la información pública, conduciremos este capítulo hacia el estudio de la gestión contractual del Estado, donde se verá la contratación pública desde dos aristas. Por una primera parte, se explicará la gestión contractual como un procedimiento administrativo tendiente a celebrar un contrato estatal, revisando los sujetos que en ella participan y su composición por etapas. De otro lado se tratará su dogmática, fundamentos y principios de orden constitucional y legal, para culminar con

explicación del principio de planeación, que es el mandato de optimización (Alexy, 1993) que mayor aplicación debe tener en la etapa de planeación, salvando la cacofonía.

2.1. LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO COMO PROCEDIMIENTO.

La contratación pública es la manera en que el Estado, mediante acuerdos, pactos, convenios o contratos junto con la colaboración de los particulares, consigue suplir las necesidades propias y de la comunidad, a través de la adquisición de bienes o servicios. Esta funge entonces como mecanismo para materializar el ejercicio de la función administrativa, puesto que busca satisfacer el interés general y brindar bienestar a todos los administrados, como lo advertiremos adelante.

Según Rosero (2014) “la contratación pública es el medio más utilizado por las entidades del Estado para cumplir los fines que le han sido encomendados (...) [pues] busca satisfacer el interés público o social como una finalidad inherente al Estado, es por ello que la contratación es una función pública reglada, que busca elegir las ofertas más favorables, adelantando las modalidades de selección establecidas o reguladas en la ley, que ponen en igualdad de condiciones a las personas interesadas en la contratación, sin disponer entonces de libertad absoluta toda vez que para la selección de contratistas que provean al estado de bienes o servicios o ejecuten obras, las entidades estatales están en la obligación de acatar las modalidades de selección previstas en la ley, así como las reglas que las regulan y, en todo caso, deberán tener en cuenta la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal”.

En aras de comprender el objeto y la finalidad de la gestión contractual, así como los procedimientos, sus fases y diferentes modalidades de selección enunciaremos los sujetos que intervienen y las etapas que conforman la gestión contractual del Estado.

2.1.1. Sujetos que intervienen en la gestión contractual del Estado.

2.1.1.1. Partes propiamente dichas.

Teniendo claro que la actividad estatal es el modo fáctico de satisfacer el interés general en desarrollo de la función administrativa, la cual es una función pública, que a su vez es la materialización del poder público, entramos a discernir quiénes son los llamados a ser contratantes en la gestión contractual del Estado.

2.1.1.1.1. Estado como contratante.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, determinó que serían las entidades estatales las que llevarían a cabo todos los procesos contractuales en Colombia. El artículo 2° de la Ley 80 de 1993 trae la definición de las Entidades Estatales, a saber:

“1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de

la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

De este artículo vale la pena resaltar que no es un requisito *sine qua non* tener personalidad jurídica para poder tramitar procesos de contratación Sin embargo, basándose en que para llegar al Contrato Estatal hay que desarrollar un procedimiento administrativo se tiene que analizar adicionalmente el ámbito de aplicación contemplado en el artículo 2° de la Ley 1437 de 2011.

“ARTÍCULO 2o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.”

De la lectura conjunta de estos artículos nos damos cuenta que el contratante en la gestión contractual del Estado será siempre una autoridad. No obstante la norma nos esclarece que incluso los particulares cuando ejercen funciones públicas y/o prestan un servicio de carácter público están sometidos a la aplicación de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico contractual del Estado.

2.1.1.1.2. Contratistas.

Una vez dicho que el contratante siempre será la Administración o los particulares en ejercicio de funciones públicas, pasamos a comentar que el Estado por sí mismo no puede suplir las necesidades de la comunidad, razón por la cual requiere de la ayuda de los particulares, llamados por la ley colaboradores, pues coadyuvan con el cumplimiento de los fines que le son propios al Estado. Esto es producto de la exigencia especializada, de un conocimiento calificado y de la sólida experiencia profesional que es imprescindible para lograr darle el mejor servicio a la comunidad.

La capacidad para que los particulares puedan celebrar contratos con la Administración está dada por el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, donde determina que podrán hacerlo las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. Esto nos remite al artículo 1503 del Código Civil que reza que toda persona es legalmente capaz para manifestar su voluntad, excepto si la ley la declara incapaz. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la capacidad es la aptitud para ser sujeto de una relación jurídica, con facultad legal para disponer de derechos y obligaciones y habilitación para ejercerlos (Lamprea, 2007). Por tanto, se tiene que tanto las personas naturales como las personas jurídicas son capaces para celebrar contratos estatales. Pese a ello, la ley trae algunas limitaciones para contratar, cuando una persona natural se encuentra inmersa en una incapacidad, ya que necesariamente los menores de diez y ocho al no gozar capacidad de ejercicio no podrán ser contratistas. Otra limitación son las causales de inhabilidad, verbigracia las contempladas en los artículos 179 y 180 de la Constitución Política, o en el mismo Estatuto General de Administración Pública en su artículo 8.

Así las cosas, nos quedan las personas jurídicas, definidas por el artículo 633 del Código Civil como la persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente. La capacidad de las personas jurídicas está limitada a su objeto social, de conformidad con el artículo 99 del Código de Comercio. El artículo 6° de la Ley 80 de 1993 trae un requisito agregado a la capacidad cuando ordena que: “las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior

a la del plazo del contrato y un año más”. Adicionalmente abre la posibilidad de que haya un contratista plural, por parte de los Consorcios y las Uniones Temporales, precisados por el artículo 7° de la misma Ley. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C 949 de 2001:

“al señalar que la Ley 80 autoriza para contratar con las entidades estatales a las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, disponiendo también que podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y uniones temporales, lo que significa que la ley les reconoce capacidad jurídica a pesar de no exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas morales.” (Subrayado agregado)

La responsabilidad que tienen los Consorcios y las Uniones Temporales es el factor diferenciador entre una y otra, puesto que en los Consorcios las actuaciones, hechos u omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán todos los miembros que lo conforman. Mientras que en las Uniones Temporales afectará a sus integrantes según la participación en la ejecución que tenga cada uno de ellos. Analizaremos ahora tres intervinientes que participan de la gestión contractual del Estado desde otras aristas.

2.1.1.2. Partícipes que intervienen.

Vistos los extremos negociales de la relación contractual, enunciaremos tres importantes partícipes que se encargan de regular, conceptual y estudiar la contratación pública, estos son el Departamento Nacional de Planeación, la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente y las Cámaras de Comercio.

2.1.1.2.1. Departamento Nacional de Planeación.

El Departamento Nacional de Planeación, es un Departamento Administrativo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, que depende directamente de la Presidencia de la República. Está instituida como una entidad técnica y fue creada por la Ley 19 de 1958. Su tarea es:

“Impulsa la implantación de una visión estratégica del país en los campos social, económico y ambiental, a través del diseño, la orientación y evaluación de las políticas públicas colombianas, el manejo y asignación de la inversión pública y la concreción de las mismas en planes, programas y proyectos del Gobierno.”

Juega un papel verdaderamente importante en la etapa de planeación, pues constituye un órgano consultivo para los entes territoriales, además de coadyuvar a la Nación con la formulación del Plan de Desarrollo Nacional, su ejecución, seguimiento y evaluación.

2.1.1.2.2. Colombia Compra Eficiente.

La Agencia Nacional de Contratación Pública fue creada mediante el Decreto-ley 4170 de 2011, expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 del mismo año, para reorganizar la rama ejecutiva en el orden nacional.

Tal Agencia es una unidad administrativa especial con el carácter de establecimiento público adscrito al Departamento Nacional de Planeación (DPN). Se infiere entonces que es una entidad de derecho público con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Su creación atiende a la necesidad de aclarar y unificar la contratación pública en Colombia, por tanto se le encargó a la función de presidir las políticas de la gestión contractual del Estado, con funciones de coordinación, divulgación, implementación de los programas y normas en materia de compras y contratación, así como también desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP- es una herramienta creada por la Ley 1150 de 2007 con el fin de materializar la eficacia y la transparencia en la contratación pública. Obliga a que las entidades estatales publiquen todos los documentos relacionados con los procesos contractuales, además permite que quienes estén interesados en participar de un proceso contractual con el Estado puedan obtener información de los mismos.

Para Gómez (2015) la finalidad del SECOP es dar publicidad a los trámites, para garantizar a libre competencia y la participación de todas las personas en las convocatorias, por lo que a su parecer, omitir la publicación en el SECOP da lugar a que la Contraloría formule hallazgos de tipo disciplinario.

Existe ya la segunda versión de esta plataforma, llamada SECOP II que es un instrumento que pretende la publicación en línea de todo el proceso contractual, desde la planeación hasta la adjudicación del contrato, además de la presentación de ofertas, la comunicación con los oferentes y los acuerdos con los mismos. A su vez busca la publicación íntegra del plan anual de adquisiciones. Para la creación de esta plataforma fueron tenidos en cuenta todos los requisitos de la Ley 1712. Dicha plataforma impulsa el comercio electrónico, porque también los proveedores se pueden registrar para que las Entidades conozcan sus ofertas. Así mismo fortalece la institucionalidad. Posibilita la rendición de cuentas de la Administración Pública a sus administrados. En estos momentos el SECOP II no es obligatorio pero se espera que en el 2018 todas las ciudades capitales ya lo hayan implementado. Adicionalmente cuenta con la facilidad de producir los documentos contractuales de todo el procedimiento con el lleno de formularios electrónicos, lo que significa que, desde los estudios previos y el contrato, hasta la liquidación del mismo serán producidos por el software, lo que hará que las entidades públicas prescindan de tantos abogados, profesionales financieros y demás profesionales o apoyadores a la gestión que intervengan en estos procedimientos, y necesiten en su lugar, personal que alimente la plataforma electrónica.

Para Gómez (2015) ya mencionado, al tener un carácter transaccional este nuevo sistema, omitir la publicación, lo que comporta vulnerar el derecho fundamental de acceso a la información pública, conlleva a la ineficacia de los actos suscritos no publicados.

2.1.1.2.3. Cámaras de Comercio a través del Registro Único De Proponentes – RUP-.

Las Cámaras de Comercio están investidas de la función de llevar el Registro Único de Proponentes, que es un registro que deben hacer las personas naturales o jurídicas sean nacionales o extranjeras con domicilio en Colombia que estén interesadas en contratar con la Administración. Grosso modo el RUP es un sistema documental que recauda toda la información concerniente a la capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización de una empresa y es el artículo 2.2.1.1.1.5.2 de Decreto 1082 de 2015 el que establece cuál es la documentación que debe ser presentada y estar contenida en él. Además de garantizar que exista un registro público que garantice el conocimiento de las características mencionadas atrás, tiene como fin dar a conocer los requisitos habilitantes del contratista, persiguiendo la subsanabilidad de las condiciones objetivas de los proponentes, la que Colombia Compra Eficiente defiende que puede hacer hasta antes de la adjudicación. Vale recordar que quienes administran el RUP son las Cámaras de Comercio, con ellas se lleva a cabo todo el proceso de inscripción y actualización, el cual debe hacerse periódicamente dado que tienen la función de verificación ordenada en el artículo 2.2.1.1.1.5.4 del mismo decreto.

2.1.1.3. Supervisores e interventores.

El Estatuto General de Contratación Estatal y sus normas reglamentarias contemplan la existencia de dos tipos de sujetos encargados de velar por la adecuada ejecución de los contratos, convenios y demás acuerdos suscritos por la Entidades públicas. Estos sujetos son los supervisores e interventores, los cuales participan posterior a la etapa de planeación y ejercen una labor de revisión jurídica, financiera, técnica y administrativa. La principal diferencia entre estos dos intervinientes es la naturaleza de función, ya que por regla general los contratos cuentan simplemente con un supervisor, no obstante, cuando la ley lo impone o la naturaleza técnica de un contrato lo amerite debe la entidad contratar una persona especial, calificada

técnica y científicamente para verificar la ejecución del dinero público afectado con ocasión de aquel acuerdo de voluntades.

2.1.2. Etapas de la gestión contractual del Estado.

Como procedimiento administrativo que es, la gestión contractual del Estado se encuentra esquematizada en varias etapas, que tienen la característica de ser perentorias, por cuanto no se puede dar paso a una sin haber agotado la otra. Como ya lo hemos enunciado en varias ocasiones, repasaremos los elementos que caracterizan cada una de ellas, para más adelante ahondar únicamente en la que nos ocupa para esta monografía.

2.1.2.1. Etapa de planeación.

Esta es la primera y más extensa de las etapas, podría decirse que es anterior incluso a cualquier manifestación de voluntades estatales, pues sus primeros visos se vislumbran desde la formulación de programa de gobiernos por parte de los candidatos a los diferentes cargos de elección popular, que terminan por convertirse en planes de desarrollo. Así, esta etapa contempla toda la conformación de la voluntad estatal tendiente a suscribir un acuerdo para satisfacer las necesidades que debe suplir el Estado en atención a sus fines, lo que va desde la formulación e inscripción de programas y proyectos, hasta la publicación en borrador y definitivo de los pliegos de condiciones, para dar apertura a la etapa de selección. En el tercer capítulo daremos desarrollo en detalle el contenido de esta etapa, relacionándola con el derecho fundamental de acceso a la información pública y los tres principios estudiados en el primer capítulo.

2.1.2.2. Etapa de selección.

La etapa de planeación culmina con la apertura y da paso a la de selección, en la cual finalizada la oportunidad para presentar propuestas se realizará el cierre, momento en el cual no se reciben más ofertas, se verifican las allegadas en término, para proceder con la evaluación. Un Comité Evaluador expide una recomendación a la Entidad acerca de cuál es la propuesta más favorable, y verifica si los proponentes están habilitados o no. Paso seguido hay lugar a la formulación de observaciones a dicho informe.

El Decreto 1082 de 2015, fundado en la Ley 1150 de 2007, contempla varias modalidades de selección dependiendo de la imperativa legal, la naturaleza de lo que va a contratar o la cuantía que se estima del proceso, expondremos las principales modalidades.

2.1.2.2.1. Licitación pública.

La licitación pública es el procedimiento mediante el cual la Entidad busca el contratista con la oferta más favorable para mayores cuantías de bienes y servicios no uniformes, salvo en los casos exceptuados. Aquí la Administración invita públicamente a todas aquellas personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un contrato, permitiendo así, la presentación de ofertas en igualdad de condiciones (Gil, 1999). De esto se deriva que la licitación pública está basada en los principios de: libertad de concurrencia, publicidad e igualdad entre licitantes (Matallana, 2009). A saber, la libertad de concurrencia es una garantía que permite que todas las personas que reúnan los requisitos exigidos puedan ofrecer a la Entidad bienes, servicios y obras, con el ideal de que se presenten el mayor número de oferentes. La publicidad es el presupuesto esencial de la licitación pues es a través de éste que los interesados pueden conocer íntegramente lo relacionado con el procedimiento licitatorio. E igualdad entre licitantes se refiere a que el conjunto de oferentes estén en igualdad de condiciones dentro de la licitación, prohibiéndose que se otorguen privilegios a algunos, este principio está inmerso en el de transparencia, teniendo como meta la selección objetiva del contratista.

Acorde con el numeral 1° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 la licitación pública es el procedimiento más generalizado y más relevante categorizado como la regla general para selección en contratista de la administración (Fandiño, 2014). Como se ha dicho, la licitación pública se utiliza cuando se quiere adquirir o construir un objeto complejo. Por lo que se entiende que se puede construir o ejecutar de disímiles formas, que sus procedimientos son imposible de unificación o estandarización. Así mismo, que el objeto no es susceptible de códigos, sistemas o procedimientos uniformes, más aún que es un objeto de gran valor económico (Gutiérrez, 2010).

Para alcanzar la efectividad del procedimiento la Entidad erige cuáles atributos de los proponentes serán evaluados ya que adquieren carácter eliminatorio y la calificación se asigna a las propuestas en los factores de precio, y técnicos o de calidad. Se puede dar por puntos por métodos aleatorios, puntos por méritos a los atributos de la propuesta, subasta para mínimo dos variables que comprendan precio y asuntos técnicos o de calidad y relación costo-beneficio (Pachón, 2014).

2.1.2.2.2. Selección abreviada.

Es una modalidad creada por la Ley 1150 de 2007. Está dispuesta para casos especiales en los que por rasgos especiales del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien, obra o servicio, la selección del contratista se puede adelantar mediante un proceso más simplificado y conciso (Artículo 2°, numeral 2° de la Ley 1150 de 2007) Entonces se entiende que es viable para algunos procedimientos que no requieren del dispendioso proceso de la licitación pública, ni del corto proceso de la contratación directa puesto que ésta restringe la cantidad de oferentes, mientras que con la selección abreviada logra mayor concurrencia. Lo anterior permite que se haga una comparación de ofertas de manera objetiva, encontrando siempre, la mejor opción para la Entidad. Sin embargo, aunque la selección abreviada no ostente muchas exigencias, no puede olvidarse de todos los principios que rigen la gestión contractual del Estado, se está en la obligación de acatar lo concerniente a la

selección objetiva, buscando la plena efectividad del principio de transparencia (Palacio, 2014). Estos principios serán descritos en la segunda parte del presente capítulo.

El artículo 2.2.1.2.1.2.1 del decreto 1082 de 2015 estableció que esta modalidad debe utilizarse para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes, dejando a un lado lo contemplado en el literal a) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 “la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización”, de ahí que se haga hincapié en que lo referente a los bienes y servicios solo se reglamentaron en el pliego de condiciones aquellos de características técnicas uniformes (Mejía, 2014). No obstante, contempla los bienes de común utilización en la selección abreviada por compra por catálogo derivado de la celebración de Acuerdos Marco de Precios.

Hay que mencionar las características que dan particularidad a la selección abreviada. En primer lugar, como ya lo dijimos previamente, es una modalidad de selección objetiva que garantiza la transparencia, eficacia y eficiencia al no tener la complejidad de la licitación pública. En segundo lugar, no tiene un procedimiento único, posee reglas particulares para cada uno de los contratos que regulan aquí. En tercer lugar es procedente para los contratos de menor cuantía, en los de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en los contratos para la prestación de servicios de salud, en la enajenación de bienes del Estado, en la adquisición de productos agropecuarios, en los programas de protección a grupos vulnerables a personas amenazadas y en las adquisiciones para la defensa y seguridad nacional que no requieren reserva. Así mismo precisa, en atención a la calidad de las partes, que podrán participar los que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y por cincuenta por ciento, con excepción a aquellas se encuentran en competencia con el sector privado o desarrollen su actividad en mercados regulados. Y en cuarto y último lugar, el legislador evolucionó en la estandarización y automatización para la contratación en masa que requieren entidades estatales para disminuir los costos unitarios, dado que para la adquisición de estos bienes y servicios formuló pliegos generales, reglas aplicables a todos los contratos unificadamente (Fandiño, 2014).

2.1.2.2.3. Subasta inversa.

El Decreto 2474 de 2008, derogado por el Decreto 734 de 2012 (que a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013, posteriormente compilado por el vigente Decreto 1082 de 2015) explicaba que la subasta inversa se constituía por una reducción sucesiva de precios en puja realizada presencial o electrónicamente. Este procedimiento consiste en un ofrecimiento al público que busca el precio más bajo. El Decreto 1082 de 2015 contempló que la subasta inversa podría manejarse, para la adquisición de bienes, obras o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, subsidiariamente a los convenios macro. Suárez (2014) es a nuestro criterio quien mejor define la subasta inversa, la fija como: “una puja dinámica de precios, efectuada mediante la formulación de lances, para lograr la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado”. Y con base en esta explicación se deduce que es un sistema competitivo que requiere la intervención de dos o más competidores con la finalidad de conquistar los mejores precios. Los lances son las posturas que hacen los oferentes en el marco de la subasta (Suárez, 2014).

Es importante resaltar que, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, el único factor determinante es el precio, ya que por las condiciones estandarizadas del objeto se permite que la calidad no se tenga en cuenta. Otra peculiaridad de la subasta inversa es que en la audiencia no se persigue la inmediata adjudicación, pues la Entidad entra a examinar cada una de correcciones hechas a las ofertas y cuáles son los precios artificialmente bajos, esto implica que la adjudicación se da en otro momento diferente a la terminación de la subasta, aquí la entidad simplemente informa sobre el precio más bajo alcanzado, absteniéndose de tomar una decisión definitiva (Suárez, 2014).

2.1.2.2.4. Concurso de méritos.

Al igual que la selección abreviada es una creación de la Ley 1150 de 2007, anteriormente se subsumía en la licitación pública. El concurso de méritos, tal como reza el artículo 2.2.1.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, procede cuando las Entidades Estatales necesitan de la prestación de servicios de consultoría que consagra el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de arquitectura de una obra pública. La Ley 80 de 1993 dota de significado a la consultoría así:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

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

En este sentido, se concluye que el concurso de méritos es el idóneo para escoger a un contratista que desarrolle una actividad intelectual, ya sea de creación de idea, de inventos, de estudios de factibilidad o prefactibilidad, de consultoría o interventoría. Entonces, el objetivo de este procedimiento es seleccionar la mejor oferta en atención al talento, la calidad técnica, la experiencia en la materia y la organización administrativa, nunca el precio es un aspecto determinante para la escogencia (Palacio, 2014).

Pues bien, una característica de esta modalidad de selección es que el oferente está encargado de presentar dos propuestas, la primera con la totalidad de los aspectos técnicos y la segunda con las condiciones económicas, no obsta de ello la simultaneidad en la que deben ser presentadas (Rico, 2013). A diferencia de la licitación pública, en el pliego de condiciones la Entidad no está en la obligación de publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato, así especifica el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, excepción a la publicidad que se reparará en el tercer capítulo.

Esta modalidad para la selección del contratista tiene un alcance restringido, puesto que solo se tratará de un contrato de consultoría cuando las actividades se enmarquen en las

descritas por el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. De ahí que usualmente se produzca la confusión entre un contrato de consultoría y un contrato de prestación de servicios (Suárez, 2014). Pero el Consejo de Estado ha dirimido este desconcierto en su jurisprudencia, verbigracia la sentencia 30802 del 30 de noviembre de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“(...) el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios”

2.1.2.2.5. Contratación de mínima cuantía.

Este procedimiento está dirigido a los negocios que se constituyen por suman pequeñas, que responden al normal desarrollo de la entidad, es decir, como cualquier persona que necesita efectuar negocios de objetos con poco costo (Franco, 2010). El artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 prevé que para estos contratos el valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal.

Una de las particularidades más relevantes es que para que el particular se entere de la necesidad del Estado para adquirir bienes, obras o servicios, se formula una invitación pública la cual se fija en el SECOP, durante 3 días. Así mismo es de recalcar que en este caso no hay contrato, solo una oferta y una aceptación de la oferta. Para esta modalidad no son obligatorias las garantías ni tampoco está la exigencia del RUP (Rico, 2013). Por último, es importante decir que la adjudicación se efectúa al proponente con el precio más bajo, siendo este el único criterio de selección.

2.1.2.2.6. Contratación directa.

Es la forma de contratar en que la que el jefe de la entidad estatal goza de la discrecionalidad de escoger sin la ocurrencia de una convocatoria pública, la persona o la entidad con la que quiere celebrar un contrato (Franco, 2010). Para esta modalidad la concurrencia de oferentes es limitada, toda vez que la necesidad es de carácter urgente y no hay disponibilidad de tiempo para hacer llamamiento a todos los que podrían realizar el contrato, o porque solo existe una persona capaz de ejecutar el contrato, o simplemente debido a que las circunstancias imposibilidad la concurrencia (Palacio, 2014). Con la contratación directa la entidad puede prescindir de algunos requisitos, que en las otras maneras de selección son indispensables, por ejemplo las garantías, el pliego de condiciones y la publicación de los estudios y documentos previos en un término diferente al de los tres días siguientes a que fueron suscritos.

Esta modalidad de selección concierne directamente al principio de eficiencia por su simplicidad, sin perder el rumbo de la selección objetiva del contratista. En la contratación directa no se conserva un único y regular procedimiento, en contraposición hay reglas particulares para cada una de las causales. Relevante esclarecer su aplicación, esta es: en los contratos de mínima cuantía, en los de empréstitos, en la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que tengan el carácter de estratégicos, contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, encargos fiduciarios dentro de acuerdo de reestructuración de pasivos, contratación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos, arrendamiento o adquisición de inmuebles, contratos interadministrativos, cuando no existe pluralidad de oferentes y en urgencia manifiesta (Fandiño, 2014).

2.1.2.2.7. Adjudicación.

Una vez se ha seleccionado la oferta más adecuada conforme la modalidad de selección se procede a realizar la audiencia de adjudicación, teniendo presente la recomendación

hecha por comité evaluador. No obstante, debe hacerse la salvedad de que, quien fue la recomendación dentro del informe de evaluación, no necesariamente será el contratista, ya que el ordenador del gasto puede separarse de ésta. Con la expedición del Acto Administrativo de Adjudicación culmina esta etapa y se da paso a la de contratación.

2.1.2.3. Etapa de contratación.

Durante esta etapa, tanto la Entidad como el contratista adjudicatario tienen la carga de realizar las acciones tendientes a suscribir el contrato. Según el Código Civil es *“Contrato o convención un acto por cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, cada parte puede ser de una o de muchas personas”*. Trayendo los aspectos clásicos de la definición de contrato nos encontramos con que el contrato administrativo es un acuerdo que se celebra entre el Estado y otra parte ya sea un particular u otra Entidad Estatal, tendiente a dar, hacer o no hacer algo a favor de la Administración que contrata (Franco, 2014).

Aquí es importante precisar que la etapa de contratación tiene dos momentos: El perfeccionamiento y la legalización. El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 especifica que se entra al perfeccionamiento del contrato una vez exista un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, es decir es un contrato solemne. Excepto cuando se trate de la urgencia manifiesta y mínima cuantía ya que no es necesario que se tenga por escrito. Por otro lado, el artículo 2.2.1.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015 añade como requisito de perfeccionamiento que la Entidad señale en el cronograma del proceso el plazo para la celebración del contrato, con el fin de cumplir el pliego de condiciones, esto se entiende como una ratificación de la planeación manifestación del principio de economía contractual (Gómez, 2014). Luego del perfeccionamiento se da la legalización, donde el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 determina que para la ejecución del contrato es indispensable la aprobación de las garantías, la existencia de las disponibilidades presupuestales pertinentes y el pago de la seguridad social y los parafiscales.

2.1.2.4. Etapa de ejecución.

Suscrito el contrato estatal, es procedente empezar su ejecución. Ejecutar un contrato según Omar Franco Gutiérrez “es darle contenido concreto a la obligación pactada por cada una de las partes”, en otras palabras, la ejecución es una conducta positiva o negativa (cuando son obligaciones de no hacer) para lograr el objeto del Contrato Estatal, observando los fines de la contratación, los términos de la referencia, las estipulaciones negociales y de los principios generales del Derecho (Rico, 2013). Con base en esto se llega a que la ejecución exige una colaboración armónica de ambos contratantes, puesto que las partes deben proceder a cumplir, o lo que es lo mismo, poseer el ánimo de que el contrato se realice materialmente. Tal y como lo establece el artículo 1603 del Código Civil la buena fe es el principio transversal de la ejecución de cualquier contrato, las partes deben ceñirse a los acuerdos pactados y requiere de una especial conducta a cargo del deudor del cumplimiento (Valencia Zea, 1995).

En los contratos estatales es necesario que las partes lleven a cabo sus compromisos, verbigracia: que la Administración cumpla con los anticipos, si hubiere lugar a ellos, con la adecuación de terrenos, con poner a disposición trabajadores o maquinarias. Por parte del Contratista crear una fiducia o un patrimonio autónomo así lo obliga el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 para el manejo de los anticipos, comenzar las labores en el tiempo convenido, realizar los trabajos en las condiciones óptimas a las cuales se concertó pues son las más favorables técnica y económicamente y sobre todo entregar los proyectos a la fecha estipulada so pena de ocasionar elevación de costos y mala calidad (Franco, 2010).

Para ilustrar, los contratos de ejecución se pueden dar de ejecución instantánea, que posee solamente un Acta de entrega producida a la terminación del proyecto. O bien, de ejecución sucesiva que contiene un Acta de inicio, actas parciales (aquí se dan pagos parciales) y el Acta de terminación. De esta manera, culminada la ejecución del contrato entre el Estado y el contratista es procedente realizar la liquidación de la relación negocial.

2.1.2.5. Etapa de liquidación.

La liquidación del contrato es, definido por Aída Patricia Hernández Silva como:

“Un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, así como respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico”

En otras palabras, es un corte de cuentas que se hace al final del cumplimiento de las obligaciones acordadas, no obstante, pueden existir circunstancias que den una terminación anormal o anticipada. La liquidación por regla general se efectúa de común acuerdo y como lo establece el literal f ordinal 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 el término es el fijado en el pliego de condiciones; aunque la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha decretado que a falta de término estipulado en el pliego de condiciones se debe elaborar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordena su terminación o caducidad (Palacio, 2014). En caso de que así no ocurra la Entidad Estatal tiene la obligación de practicar la liquidación de manera directa y unilateral dentro de los dos meses siguientes a los plazos anteriormente enunciados, o correrá con los perjuicios que con ella pueda ocasionar al contratista.

El objetivo es que en el acto de liquidación las partes finiquiten las discrepancias y no se generen conflictos posteriores, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 modificado por la Ley 1150 de 2007 lo dijo frente al acta de liquidación “constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.”

Ahora bien, es primordial esclarecer cuándo procede la liquidación y esto lo soluciona el artículo 60 modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y es en: “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.”. Sin embargo, cuando los contratos

han terminado de manera anormal también se debe hacer su liquidación, pues existe una causa que obstaculiza su terminación habitual.

Entonces se arriba a que existen tres tipos de liquidación del contrato estatal. El primero es la liquidación voluntaria o por mutuo acuerdo, en la cual ambos contratantes pretenden clarificar asuntos pendientes y redactar en el acta el consenso que resuelve las diferencias, optando por no acudir posteriormente a la jurisdicción. El segundo es la liquidación unilateral que se presenta cuando la Administración intenta la liquidación voluntaria pero el contratista se niega a suscribirla por no compartir el contenido del proyecto de liquidación. Asimismo se puede dar cuando se cita al contratista para la liquidación del contrato y éste no se presenta. El tercero es la liquidación judicial del contrato la cual es posible gracias al CPACA, Ley 1437 de 2011, porque en su artículo 141 introdujo dentro de la pretensión de controversias contractuales la posibilidad de solicitar la liquidación judicial del contrato.

En lo referente al contenido de la liquidación la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 31 de Marzo de 2011 ha dispuesto que:

“La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-Ley 222 de 1983) o estatal (según lo consagra la Ley 80 de 1993) la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente, (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo”

O sea, el acto de liquidación tiene el mismo contenido y fuerza vinculante de un acto de conciliación, agotando ahí mismo el requisito de procedibilidad para concurrir a la jurisdicción.

Con todo, la dinámica contractual de la administración requiere de criterios orientadores para el ejercicio de la función administrativa, los cuales se catalogan en constitucionales y legales, regulados en la Ley 80 de 1993, en la Ley 489 de 1998, en la Ley 1150 de 2007, en la Ley 1437 de 2011 y en la Ley 1474 de 2011. En lo venidero estudiaremos los fundamentos y principios de la gestión contractual del Estado, con especial atención en el principio de planeación para dar paso al estudio de este trabajo.

2.2. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS Y PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Ya vimos la contratación desde un punto de vista procedimental, ahora lo haremos con una mirada más principialista. En primera medida nos centraremos en los tres grandes pilares constitucionales y dogmáticos y sus principios, que fundamentan la implementación de procedimientos especiales para la destinación de los recursos públicos, estos son el carácter social y democrático del Estado de Derecho colombiano, la función administrativa y la libertad de empresa amparada en la carta constitucional. Adicionalmente haremos una breve mención a los principios de la gestión fiscal, para finiquitar el capítulo con la vista panorámica de los principios legales, especialmente el de planeación.

2.2.1. Estado social de derecho.

Como lo estudiamos en el primer capítulo de este proyecto de grado el Estado social de derecho es el modelo estatal que incorpora las garantías desarrolladas tras la Revolución Francesa, primordialmente los principios de legalidad y libertad, sumado a los derechos sociales que más allá de asegurar la protección de la vida, amparaba la sujeción de esta a unas condiciones dignas. En este capítulo nos ocuparemos de su desarrollo desde otro foco, es decir,

no abordaremos su estructura desde las garantías constitucionales del título primero de la Constitución, sino su carácter dogmático en la gestión contractual de Estado.

Ya dijimos que la Constitución Política de 1991 caracterizó al Estado colombiano como un Estado social de derecho, cambiando abismalmente el ideal que traían las constituciones anteriores, dado que éstas empleaban la tradicional concepción formal del Estado de derecho, dándole un alcance y contenido principalmente orgánico, es decir, concentradas en la organización de los poderes públicos y la carecían de mecanismos que dieran eficacia jurídica frente a las garantías consagradas. El antecesor histórico de este modelo fue el Estado de derecho, que emergió como resultado del nacimiento de los Estados liberales-democráticos, una vez perecieron los Estados totalitarios, presentándose como un Estado de derecho racional, renunciando a toda idea metafísica del origen del Estado, restringiendo los objetivos y las labores del Estado a la libertad, a la seguridad y a la propiedad de la persona, propendiendo por asegurar la libertad individual y el desarrollo del sujeto. A su vez, distribuía la actividad Estatal en diferentes poderes siguiendo la teoría de Montesquieu (Vila, 2012). Así las cosas, hay que subrayar que el legado jurídico más relevante del Estado de Derecho es el *principio de legalidad*, donde se somete el poder del Estado al régimen jurídico, lo que conlleva a que los actos de éste sean realizados en su totalidad de acuerdo con el orden jurídico, constituyendo así el Estado de Derecho un orden coactivo de la conducta humana (Corte Constitucional Sentencia - C 319 de 2007), ya que la norma jurídica es la única que puede garantizar la libertad. Dicho de otra manera, la acepción “Estado de derecho” se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, o sea, se ciñe al derecho interno del país (Corte Constitucional, Sentencia SU-747 de 1998).

Queremos recordar del primer capítulo, que el Estado social de derecho es aquel que genera las condiciones necesarias para ejercer las garantías y libertades que ya se habían adquirido con el Estado de derecho, en otras palabras, es el Estado que materializa los derechos de las personas, el que adquiere la obligación de prestar servicios públicos, con el fin de generar bienestar. Aquí la sociedad entabla una verdadera participación con el orden jurídico-político al que pertenece, toda vez que cuenta con los instrumentos para tener efectividad.

La Corte Constitucional en sentencia SU 747 de 1998 precisó el alcance del término *social*:

“Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”

Ahora bien, vale la pena recordar los fines del Estado social de derecho sintetizados en la satisfacción de las necesidades públicas, la primacía del bien común, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de las libertades y derechos, y lograr convivencia pacífica.

En este orden de ideas, los fines del Estado se concretan mediante las funciones públicas, las cuales son: la constitucional, la seguridad y defensa nacional, la electoral, la legislativa, **la administrativa**, la jurisdiccional, la fiscalizadora y de control y por última la banca central. Estas funciones públicas enunciadas se materializan mediante la prestación de servicios públicos. La Constitución expresa que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social de Estado” pero no definió qué son servicios públicos, a pesar de ello, el Estado colombiano con la promulgación del Código Sustantivo del Trabajo determinó en su artículo 430 que “se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. Entonces, de manera concisa se arriba a que la prestación de servicios públicos es la forma para cumplir con los fines del estado, que tiene como meta alcanzar el arquetipo de Estado social de derecho. A saber, los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución (Corte Constitucional Sentencia C- 800 de 2003).

En este entendido previo a estudiar el pilar que comporta la función administrativa, procedemos a enunciar los principios del Estado social de derecho aplicables a la materia en estudio.

2.2.1.1. Principio de responsabilidad.

“ARTICULO 6. 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.”

Es a partir de este principio que se configura todo el régimen de responsabilidad del Estado, penal, disciplinaria, correlacional policiva, administrativa sancionadora e impeachment. (Rodríguez, 2013) A saber, se muestra la cláusula general de responsabilidad dirigida a cualquier persona por infringir la ley y la cláusula especial de responsabilidad encaminada a quienes ejercen funciones públicas por infringir la ley y adicionalmente por omisión y extralimitación de sus funciones. A su vez regulado en el:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Donde se esclarece la responsabilidad exclusiva del Estado. Es una responsabilidad civil extracontractual porque busca una reparación monetaria producto de un daño antijurídico ocasionado por alguna autoridad pública.

2.2.1.2. Principio de legalidad.

También se contempla en el Artículo 6 de la Constitución y preceptúa el respeto que deben tener los particulares por la ley y que los servidores públicos solo podrán ejercer aquellas facultades que explícitamente les concede la norma jurídica, todas sus actuaciones deben estar de acuerdo con el ordenamiento.

Esto en atención con el artículo 4 de la Ley 734 de 2002 que regula principio de legalidad en materia disciplinaria:

“Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”

Esto evidencia que el legislador adoptó un sistema genérico de incriminación *numerus apertus* por dar cumplimiento de los fines y funciones del Estado, fin último de la ley disciplinaria, el cual puede verse envuelto en conductas culposas y dolosas. En otras palabras, las descripciones típicas admiten las dos modalidades de culpabilidad. Por tanto el investigador disciplinario tiene un gran campo para establecer cuándo la conducta del servidor público se encuentra dentro de las tipificadas y si fue en forma consciente o voluntaria. (Corte Constitucional - Sentencia T-1102/05)

2.2.1.3. Principio de igualdad.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución Política de 1991)

De manera amplia y general se parte de la concepción de que todos los seres humanos son esencialmente iguales (Pérez, 2010). Esto en materia de contractual estatal está intrínsecamente ligado con la transparencia y la libertad de concurrencia. Y tiene como objetivo final lograr la selección objetiva del contratista. Todas las personas poseen la posibilidad de ser contratistas del Estado, siempre y cuando cumplan con las condiciones y requisitos que la Entidad Estatal fije en el pliego de condiciones. La aplicabilidad del principio conduce al tratamiento igualitario que deben recibir cada uno de los interesados al participar de un contrato estatal. El Consejo de Estado en su Sección Tercera, Sentencia del 3 de Diciembre de 2007, Expediente 24.715, se ha pronunciado sobre el tema:

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones”

Además, se entiende la prohibición tácita de rechazar alguna oferta por requisitos que no sean sustanciales para la evaluación y la de fijar requisitos discriminatorios en el pliego de condiciones.

2.2.1.4. Debido proceso.

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”
(Constitución Política de 1991)

Es una garantía para el interesado a contratar con el Estado desde el inicio hasta la terminación de la gestión contractual del Estado. Obliga el agotamiento de un proceso administrativo donde se pueda emplear el derecho de defensa y se le permita controvertir. Así mismo que a la hora de poner cualquier sanción se tenga en consideración lo positivo y lo negativo, ya se caducidad, multa o cláusula penal.

2.2.1.5. Principio de buena fe.

ARTICULO 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

Este principio constitucional dentro de la gestión contractual del Estado también se encuentra desarrollo en la Ley 80 de 1993 en su artículo 5° que trata los deberes y derechos de los contratistas, específicamente en su numeral 2°, recalca que las entidades contratistas actuarán bajo con lealtad y buena fe. Por añadidura el artículo 28 de esta misma Ley, trae que en la interpretación de las reglas se observarán “los mandatos de la buena fe”. Esto permite entrever que el ordenamiento jurídico contractual maneja la buena fe como un principio integrador de la gestión contractual del Estado. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia T 206 de 2006:

“Es claro que no existen aplicaciones tipificadas de la buena fe, pues ello equivaldría a reducir tal categoría a unos cuantos supuestos, por ello diremos inicialmente, siguiendo la jurisprudencia que se ha mencionado en los antecedentes de estas consideraciones, que en la contratación administrativa debe estar proscrita toda conducta que atenta contra los intereses de las partes y la finalidad de la ley de contratación”

En este entendido, en contratación estatal se entiende como el deber de rectitud y honradez recíproca que las partes tienen en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos. En otras palabras, es el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección de los actos tendientes a preparar y producir el contrato, e igualmente en el curso y finalización del vínculo jurídico contractual (Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24.715)

Visto lo anterior, lo que se pretende decir es que el fin estatal de la satisfacción de necesidades públicas se concreta en la puesta en marcha de la función administrativa, la cual tiene dentro de su alcance la gestión contractual, que se expondrá en breve.

2.2.2. Función administrativa.

El poder público es aquel que obliga al Estado a cumplir los fines que le son propios para administrar la soberanía que reside en el pueblo, lo cual se concreta como bien dijimos, por medio de las funciones públicas (Ibáñez, 2007). La Corte Constitucional en sentencia C-830 de 2001 señaló que la función pública es:

“El conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines», comprende también la determinación de las reglas básicas que rigen la relación de subordinación del servidor público con el Estado. Mediante el ejercicio de la función pública se satisfacen los intereses generales del Estado y de la comunidad misma, fin primordial del Estado social de derecho.”

En el pronunciamiento del Tribunal Constitucional evidenciamos que la función pública tiene como fin satisfacer los intereses generales del Estado y de la comunidad. Anteriormente mencionamos cuáles son las funciones públicas, por ende ahora nos focalizamos en la función administrativa la cual se entiende como todo lo que se realice habitualmente para el cumplimiento de los fines del Estado. El constituyente la plasmó en el Artículo 209 de la Carta y la orientó igualmente hacia la satisfacción del interés general, además la dotó de principios rectores como los de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, respondiendo al paradigma de Estado social de derecho. En este orden de ideas, llegamos a que la gestión contractual del Estado es el instrumento mediante el cual el Estado materializa la función administrativa, dado que es la puesta en escena para alcanzar los fines, a través de la adquisición de bienes y servicios que suplen las necesidades, donde está en juego el patrimonio y los recursos públicos. La Corte Constitucional lo ha fijado en su jurisprudencia, para ilustrar la sentencia C-713 de 2009.

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de

aquellos instrumentos jurídicos de los se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”

Como institución constitucional y dogmática, la función administrativa está permeada de principios de rango supra legal, primordialmente contenidos en el artículo 209 constitucional, lo que se mencionan en seguida.

*“ARTICULO 209. 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.*

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.”
(Constitución Política de 1991)

2.2.2.1. Principio de igualdad.

Ya estudiamos este principio en el numeral 2.2.1.3. y enunciamos su alcance en la contratación pública.

2.2.2.2. Principio de moralidad.

Se refiere al adecuado comportamiento que debe tener el servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del ordenamiento jurídico (Santofimio, 1998). Esto encauzado en la satisfacción del bien común y no de intereses particulares. La Corte en sentencia C-046 de 1994 aclara que la moralidad abarca toda conducta de los servidores públicos, puesto que al ser ellos quienes administran los recursos, la sociedad espera que se porten con absoluta pulcritud y honestidad.

2.2.2.3. Principio de eficacia.

Se materializa a través del debido proceso en la gestión contractual del Estado y a su vez con que los procedimientos contractuales alcancen el objetivo por el cual surgieron. Para la Corte Constitucional, el principio de eficacia exige que las actividades desempeñadas por el Estado causen resultados concretos y oportunos (Corte Constitucional, sentencia C-643 de 2012). Pretende que se eliminen los impedimentos formales para no arribar a decisiones inhibitorias.

2.2.2.4. Principio de economía.

Persigue la agilidad en las decisiones y que los procedimientos se realicen en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos, prohibiendo el requerir documentos, copias o autenticaciones que la ley no ha pedido expresamente.

2.2.2.5. Principio de celeridad.

Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo lo define en: “Los contratos estatales en Colombia” como: “el principio mediante el que las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán trámites innecesarios (...)” Al igual que el de eficacia y economía ambiciona diligencia en las actuaciones administrativas.

2.2.2.6. Principio de imparcialidad.

Connatural al principio de igualdad, evita el actuar discriminatorio o preferente de la administración, es decir, se enfoca en garantizar que las autoridades actúen de forma que no busquen beneficiar intereses privados o favorecer a un sujeto frente a otro, sin que medie una debida motivación.

2.2.2.7. Principio de publicidad

Las actuaciones, los motivos que condujeron a una determinación y decisiones de las autoridades deben ser conocidas por la comunidad. Se consigue a través de notificaciones, comunicaciones o publicaciones que la ley ordena. El fin es que sean controvertibles y controlables, y que el particular las pueda cumplir (Rodríguez, 2013)

2.2.3. Libertad de empresa.

De la mano con lo dicho, otro pilar que acompasa los fines del Estado con la gestión contractual es el modelo económico que el Constituyente consideró adecuado para el Estado colombiano. Así, estableció que el más apto era aquel que combinara el Estado Liberal de John Locke y el Estado Intervencionista de Keynes, por lo cual fijó en los artículos 333 y 334 de la

Carta Magna la dicotomía de que (i) la actividad económica e iniciativa privada son libres, con la salvedad de que (ii) el Estado tiene la dirección general de la economía. Así las cosas, sentó que el Estado impulsaría el desarrollo económico, absteniéndose de imponer obstrucciones y restricciones a la iniciativas de los particulares y que todo esto se enmarcaría en los límites del bien común.

En este entendido, el contenido del 333 constitucional, es decir, la libertad de empresa se entiende como una garantía constitucional que se extiende a las personas naturales o jurídicas (Corte Constitucional Sentencia C-616 de 2001). El Tribunal Constitucional ha definido la libertad de empresa en sentencia C-524 de 1995:

“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”

Consideramos este como un pilar, pues claramente sustenta el hecho de que la Administración esté sometida a procedimientos engorrosos para selección de los ejecutores de los proyectos sometidos a la contratación estatal. Son estos tres, el Estado social de derecho, la función administrativa y la libertad de empresa, los tres grandes fundamentos. No obstante, para la adecuada consecución de los fines desarrollados con la contratación pública convergen principios de rango constitucional, legal y reglamentario, que pasaremos a exponer.

2.2.4. Principios de la gestión fiscal.

Otros principios que irradian el ejercicio de la gestión contractual son los atinentes a la gestión fiscal, que de conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública, que la Contraloría General de la República ejerce, la cual vigila la gestión fiscal de las autoridades administrativas. Este control comporta un carácter de ulterior, es decir, que se realiza una vez el procedimiento a revisar ha concluido o está por hacerlo. Los principios que rigen la gestión fiscal son la eficiencia, la economía y la equidad, de los que ya hemos hablado a lo largo de este trabajo.

2.2.5. Principios legales aplicables a la gestión contractual del Estado.

Las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 han regulado los principios de transparencia, selección objetiva, economía, responsabilidad y planeación. Además alrededor de la gestión contractual del Estado se enmarcan otros principios como los que esta misma Ley 80 nombra en su artículo 28 al referirse a la interpretación de las reglas contractuales. Igualmente, la doctrina ha proyectado otros principios a la luz de la actividad de la administración y su carácter universal como lo son el de autonomía del Derecho Administrativo y la responsabilidad del Estado, exposición que ha hecho a partir de los estudios de los antecedentes en los famosos fallos franceses (Humberto, 1994). En este sentido, se enuncian los principios del interés público, la continuidad y regularidad de los servicios públicos y el principio de privilegios o prerrogativas del Estado que lo ponen en un plano superior al del particular cuando entra en relación con éste. Así, enunciaremos los principios aplicables, deteniéndonos con especial atención en el de planeación, estudiando algunos fallos que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han seguido referente a su aplicación en la contratación pública, en pro de dar paso a la convergencia del derecho fundamental de acceso a la información pública en la primerísima de las etapas de la gestión contractual.

2.2.5.1. Principio de transparencia.

Ubicado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, este principio tiene como propósito atacar la corrupción (Fandiño, 2014) Se podría delimitar como aquel que obliga que la actividad contractual se realice de manera pública e imparcial, para garantizar moralidad, igualdad y publicidad, logrando así la selección objetiva del contratista.

La moralidad administrativa hace referencia al respeto por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Fandiño, 2014). La igualdad, fundamentada en el artículo 13 de la Constitución Política explica, en nuestra materia, que los interesados en participar en algún proceso de la gestión contractual del Estado deben gozar de las mismas garantías. Con igual fundamentación cuenta la publicidad pero ésta establece según Fandiño (2014) “que las actuaciones de las autoridades sean públicas y los expedientes que las contengan estén abiertos al público” y posee como tarea esencial que la comunidad pueda ejercer control sobre dichas actuaciones. También cabe resaltar lo prescrito en el decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.7.1 vinculado a los procesos de selección del contratista:

“La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto.”

Vale aclarar los puntos más relevantes que trae el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 algunos modificados por la Ley 1150 de 2007 y estos son: la regla general en la modalidad de la escogencia del contratista que se hará por licitación o concurso públicos exceptuando la contratación directa.

2.2.5.2. Principio de economía.

Situado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la economía está estrechamente ligada a la celeridad y la eficacia, el fin es agilizar los trámites, eliminando requisitos y procedimientos superfluos que inmovilicen injustificadamente la actividad contractual, es decir que únicamente se empleen los estrictamente imprescindibles para la selección objetiva del contratista.

En el principio se ve desarrollado la obligación impuesta por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que reza que los trámites deben adelantarse con austeridad de tiempo so pena de preclusión. Así como también en aquella que ordena que solo se abran procesos de contratación cuando existan las respectivas partidas presupuestales, se hayan realizado estudios, diseños y proyectos requeridos. La prohibición de declarar desierta una licitación a menos que se impida escoger objetivamente el contratista, la de implementar trámites que la ley no conciba y la de someter a aprobación o revisión posterior, el acto de adjudicación y el contrato.

Es en este principio donde se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos para que exista una solución pronta. Y la preponderancia de la buena fe, teniendo como exigencia no exigir sellos, autenticaciones, documentos originales, ni cualquier formalidad que la ley no pida.

2.2.5.3. Selección objetiva.

Este principio se encontraba reglado en la Ley 80, sin embargo, la Ley 1150 derogó su contenido y lo modificó, adecuándolo a las nuevas disposiciones en materia de contratación pública. El artículo 5 de dicha norma traduce que la Selección Objetiva atiende a la necesidad de elegir la propuesta más adecuada e idónea para satisfacer las necesidades de la administración, lo que en términos prácticos se debe entender cómo elegir la oferta “que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los

documentos para cada una de las modalidades de selección, independientemente de cualquier criterio subjetivo”.

Tratándose de la Selección Objetiva la Corte Constitucional en sentencia C-300 de 2012 dispuso “que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa.”

2.2.5.4. Responsabilidad.

El dogma de este principio no contiene nada diferente a lo expresado en el principio constitucional de responsabilidad, pues se concreta en las dos premisas de que (i) quienes intervienen en la gestión contractual del estado responden penal, disciplinaria, civil y fiscalmente por su actuar antijurídico, así como (ii) que el Estado es responsable por los agravios injustificados causados a los particulares con ocasión de sus actuaciones en los procedimientos contractuales.

2.2.5.5. Planeación.

El principio de planeación tiene su aplicación en la etapa previa de la contratación, garantiza la legalidad de la contratación estatal haciendo que la administración actúe de buena fe, ya que la salva de la improvisación y la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, obligándola a seguir un procedimiento previo que establezca principalmente la necesidad que impulsa dicha contratación buscando la satisfacción del interés público y las carencias de la comunidad.

Llevar a cabo la etapa de planeación de manera pausada y sistemática busca establecer además de la verdadera necesidad que impulsa la contratación, la modalidad

contractual que se ajusta y satisface esa necesidad, las cualidades específicas del bien, obra o servicio que se requiere, el precio real al que podría adquirirse el bien, obra o servicio, la capacidad financiera de la entidad, y la existencia y/o disponibilidad de proveedores a nivel nacional o internacional. De esta manera se establece la viabilidad técnica y económica del objeto contractual, racionalizando el gasto público y así protegiendo los recursos del patrimonio público.

La aplicación del principio de planeación en términos generales conlleva 2 fases: la primera es la creación del plan de compras, que se entiende como el plan de adquisiciones de la entidad, independiente del rubro (funcionamiento o inversión) que se vea afectado. La segunda fase es la realización de los estudios previos, es aquí donde detalladamente debe establecerse la necesidad del bien, obra o servicio que la entidad desea adquirir, así como la modalidad, los riesgos y que se debe hacer para aminorarlos, y las demás especificaciones que busquen que se satisfaga la necesidad de la mejor manera posible, pues esto servirán para la proyección del pliego de condiciones como se verá adelante.

Las consecuencias de no aplicar el principio de planeación son diversas, ya que, como se indica en la sentencia del 1 de febrero de 2012, expediente 22464 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, “ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no solo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.”, es por esto que se dice y creemos es cierto, que la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Una de las consecuencias características de la no aplicación del principio de planeación es la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, debido a que a su vez es una violación al principio de la buena fe, de manera tal que en el desarrollo de la etapa planeación de la contratación pública las partes deben actuar de buena fe exenta de culpa so pena de indemnizar los perjuicios que se causen; además del principio de la economía que rige la contratación estatal, debido a que al ser la planeación “una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede

entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo” ya que constituye una errática ejecución contractual que se puede traducir en demoras y sobre costos para la obtención del objeto contractual (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, 2014)

Debido a lo anterior es claro que para el Consejo de Estado el principio de planeación tiene una estrecha relación con los principios de economía, eficacia, legalidad, libre concurrencia y la racionalidad de la intervención estatal dada la multifuncionalidad que tienen los estudios previos, siendo el marco que delimita lo que los contratista e inversionistas pueden esperar en el desarrollo contractual. La Corte Constitucional también tiene presente esta relación, tal como lo hace ver en la sentencia C-300 de 2012.

Si bien el principio de planeación se fundamenta en la Carta Política, también se contempla en gran variedad de leyes y decretos, por lo que lo calificamos como legal, es en la Ley 80 de 1993, más exactamente en el artículo 25 en el que se habla del principio de economía, pero da cabida a que se entienda la importancia del principio de planeación, como un principio autónomo.

También se sustenta en diferentes providencias jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, como:

- Sentencia del 31 de agosto de 2006 radicado número 7664, que pretende dar a entender que el principio de planeación se erige en la base fundamental de la etapa que lleva su nombre.

“Al respecto conviene reiterar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

i) La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.

- ii) *Las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifique la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja.*
- iii) *Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características [...]*
- iv) *Los costos, valores y alternativas que, a precio de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato [...]*
- v) *La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera [...]*
- vi) *La existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores...”*

- Sentencia del 1 de febrero de 2012 radicado número 22464, se refiere a la sujeción de la actividad estructuradora de la administración en los siguientes términos.

“Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1992; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales”.

Según lo mencionado anteriormente, el principio de planeación le exige al administrador de los recursos públicos realizar los respectivos estudios de viabilidad y disponibilidad presupuestal que se requiere para cubrir la obligación generada del contrato; además de la realización del proyecto pliegos de condiciones. Y como lo expresa el legislador en el artículo 25 de la Ley 80, debe cumplir con los *“Procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable”*.

Basándonos en la información recogida y expuesta con anterioridad, con un énfasis especial en las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el principio que

aquí tratamos tiene fuerza normativa como mandato de optimización (Alexy, 1993) y por lo tanto es suficiente para la solución de conflictos de naturaleza contractual. Además queda claro que el principio de planeación sustenta la actividad estatal, y a su vez en él se desarrollan los demás principios orientadores de la actividad contractual del Estado, lo que lo ha llevado a ser aplicado directamente por las altas cortes en la solución de controversias en esta materia.

En los próximos epígrafes estudiaremos el objeto central es esta monografía.

3. APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.

En el primer capítulo de esta tesis definimos el contenido dogmático de los principios de transparencia, democracia y participación, característicos del modelo estatal reconocido en 1991 por el constituyente, garante del acceso a la información pública. De igual manera, en segundo estudiamos el objeto y fin de la contratación pública, repasando sus etapas, fundamentos dogmáticos y principios. Pues bien, este capítulo pretende mostrar cómo se materializa el acceso a la información pública en la etapa de planeación, en desarrollo de los principios arriba nombrados. A modo de plus, se revisarán los mecanismos que la Ley ha establecido y los medios coercitivos aplicables para el enjuiciamiento de los sujetos obligados, en caso de incumplimiento.

3.1. ETAPA DE PLANEACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Normativamente la etapa de planeación empieza con el surgimiento, la descripción y el análisis de una necesidad por parte de la entidad contratante en los estudios previos, y culmina con el acto administrativo de apertura del proceso (o invitación pública en la modalidad de

mínima cuantía). Sin embargo, abordaremos la planeación desde la formulación de programas de gobierno por los candidatos a los cargos de elección popular y acuerdos de gestión por parte de los gerentes públicos según sea el caso, como algunos doctrinantes lo han considerado (Restrepo, 2014). Para hablar del punto de partida de la planeación en el proceso contractual, debemos en primera instancia revisar, como ya anunciamos, el Programa de Gobierno del candidato a ocupar un cargo de elección popular, el Acuerdo de Gestión del gerente público, el Presupuesto aprobado por la corporación pública para la entidad, para así dar paso al Plan De Desarrollo y Plan de Acción, centrándonos posteriormente en el respectivo proyecto, su maduración, y posterior trámite precontractual concluido con la apertura del proceso (invitación en la mínima cuantía). Ahondaremos en la formación del Presupuesto, Banco de Programas y Proyectos y el contenido del Plan Anual de Adquisiciones pues forman parte importante del trámite estudiado y son trascendentales temas a la hora de hablar de planeación. Con esta metodología, pasaremos a describir el programa de gobierno y los demás ítems, desde su ontología, importancia y ámbito de aplicación del acceso a la información pública.

3.1.1. Programa de Gobierno y Acuerdo de Gestión.

Así pues, los programas de gobierno y los acuerdo de gestión, son documentos matriz de la planeación, pues fungen como base necesaria para la formulación del Plan de Desarrollo de la Nación y los Entes Territoriales o el Plan de Acción de las entidades descentralizadas diferentes a los entes territoriales, ya que son un tratado expuesto a los ciudadanos con los lineamientos políticos, económicos, sociales, ambientales, etcétera, de cada uno de los gerentes públicos que pretender avalar sus aspiraciones a un cargo de elección popular como máxima autoridad administrativa en cada territorio o gerente de una entidad pública. Los diferentes programas de gobierno de cada candidato a una misma entidad están conformados por un cúmulo de compromisos y responsabilidades, que se ponen a deliberación de los ciudadanos en las elecciones, y una vez se haya elegido uno, su cumplimiento se torna obligatorio, a través de los planes de desarrollo, en virtud del voto programático consagrado en el artículo 259 de la Constitución Política de 1991 y en las Leyes 1313 y 134 de 1994, y 741 de 2002, so pena de una

eventual revocatoria del mandato. Por su parte, los acuerdos de gestión se tornan obligatorios para los demás administradores públicos pues son la base para formular el plan de acción del cual se desprenderán los proyectos a ejecutar y de los cuales su continuidad en el cargo penderá, los cuales deben acompasarse con los planes de desarrollo de cada ente.

Cuando decimos que el programa debe ser “expuesto a los ciudadanos”, nos referimos a que este juega un papel valioso con relación al acceso a la información pública, pues a pesar de no comportar las características de emanar de una autoridad pública, si puede ser visto como parte de los primeros pasos de conformación de la voluntad estatal, en pro de materializar un plan de desarrollo, por lo que su público conocimiento garantiza en gran medida la transparencia, la democracia y la participación ciudadana.

La construcción del programa de gobierno, del candidato o candidata a cargos de elección popular, se debe elaborar con fundamento en las orientaciones diseñadas para el efecto por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que en últimas tienen dos propósitos fundamentales según la metodología establecida. De un lado pretende la mencionada metodología (i) brindar orientaciones a los candidatos y candidatas a las alcaldías y gobernaciones, para la elaboración de los programas de gobierno, inscritos ante las autoridades electorales; (ii) poner a disposición de la ciudadanía una herramienta que le sirva como guía para entender los programas de gobierno de quienes aspiran a ser mandatarios y mandatarias de sus municipios, distritos y departamentos. Estos propósitos se inscriben en el reconocimiento de que las propuestas programáticas son la base para el buen gobierno y la gestión pública.

Entonces, el programa de gobierno es un documento de contenido político, porque es un “pacto o contrato colectivo”, suscrito por los ciudadanos con los candidatos sobre los asuntos de interés público, para el desarrollo de las entidades territoriales, además, es la base del proceso político-electoral para buscar el respaldo democrático de los ciudadanos y ser elegido como gobernante. En este sentido, el programa permite formalizar y concretar propuestas y compromisos para (i) garantizar los derechos humanos, universales, indivisibles e interdependientes; (ii) incorporar a la agenda de desarrollo y de gobierno de la entidad territorial temas específicos; (iii) mejorar la calidad de vida de la población, bajo un enfoque de

sostenibilidad, es decir, propiciar la armonía entre el bienestar de la población, el uso del territorio, la protección y conservación de los recursos naturales, los servicios ambientales o ecosistémicos y las actividades productivas; (iv) aumentar y cualificar la transparencia y la participación ciudadana en los procesos decisorios de la gestión pública y promover el control social.

Ahora bien, otra característica relevante del programa es la función instrumental que juega frente al control político, social y fiscal que se podrá predicar del gobernante electo, pues este fija unos presupuestos de partida para la redición de cuentas, dado su obligatorio cumplimiento. En este entendido, también juega un papel relevante en procesos de empalme, pues puede manifestarse como un puente entre las metas del Plan de Desarrollo del gobierno saliente y del entrante.

Con todo, queremos recalcar el papel de este ítem, pues a pesar de no hacer parte de la conformación de la voluntad del estado en los procesos contractuales, sí que lo es la formulación de las políticas, programas y proyectos de los Planes de Desarrollo, por lo que, como dijimos atrás, materializa en justa medida los tres principios que cimientan el acceso a la información pública, a través del montaje de este con mesas de trabajo con la comunidad, su inscripción en la Registraduría Nacional del Estado Civil y la publicación en las diferentes páginas web de los candidatos. Así, daremos paso al Plan de Desarrollo y Plan de Acción, como articulador de las necesidades a satisfacer por cada entidad, repasando previamente el contenido del presupuesto como paso previo a la contratación.

3.1.2. Presupuesto.

Uno de los documentos necesarios para realizar la apertura de un proceso contractual, tema que veremos en breve, es la certificación por parte de la entidad de la apropiación y /o disponibilidad de recursos del presupuesto para la ejecución de determinado contrato. Así, observaremos qué es el presupuesto, cómo se conforma y qué rol desempeña frente al acceso a la información pública.

Bolívar Ramírez y García Galindo (2014) definen el presupuesto como un acto de una autoridad soberana por el cual se miden anticipadamente los ingresos y se conceden los gastos. Además agregan que es una herramienta de carácter social, económico y financiero que colabora a las autoridades a planear, programar y proyectar el gasto público. En nuestro entendido, el presupuesto es el monto y distribución de los recursos que presupone y autoriza el órgano de representación popular (anti-técnicamente considerados así las asambleas y concejos) a la autoridad administrativa para un periodo comprendido del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, siguiendo los principios de anualidad y de plurianualidad (Restrepo, 2014), es decir, teniendo presente que el presupuesto debe ser apto para suplir las necesidades de un año (anualidad), pero lo suficientemente bien planeado como para que en cuatro años se llevará a cabo el plan de desarrollo o de gestión de la entidad (plurianualidad), lo que también se desprende del principio de planificación contenido en el artículo 13 del Estatuto Orgánico de Presupuesto (E.O.P.) y los artículos 346, 352 y 366 de la Constitución Política.

Ahora, respecto de la conformación del presupuesto, Restrepo (2014) en un análisis de la normativa presupuestal, especialmente la contenida en el E.O.P., esboza los pasos para su concepción, que pueden sintetizarse en (i) la presentación por parte del ejecutivo de un proyecto de presupuesto, con una explicación detallada de su forma de ejecución y vinculación con el cumplimiento del plan de desarrollo; lo que da lugar al (ii) primer debate en la comisión encargada de cuestiones presupuestales, para así llevarlo a un (iii) segundo debate en el pleno de la corporación pública. Lo anterior con las salvedades de que el presupuesto puede sufrir devoluciones y modificaciones en su trámite, pues el control político y financiero que realiza el cuerpo colegido no se circunscribe a una mera aprobación formal, sino a una exhaustiva revisión. Adicionalmente, el tratadista mencionado hace alusión a una figura que ha hecho tránsito en algunos países para formulación del proyecto de presupuesto presentado por el ejecutivo, esta figura es el *presupuesto participativo*, que no es otra cosa que la discusión del proyecto con la participación de la comunidad, particularmente para los presupuesto municipales, dado el alto grado de conocimiento de las necesidades locales que presenta la sociedad.

Nos queda entonces exponer los momentos en que el acceso a la información se concreta en la conformación del presupuesto, como paso esencial dentro de la planeación. Consideramos que cada principio se ve materializado con una actividad específica. De un lado, el

principio de participación se garantiza con la permisión del ejecutivo de concurrir a la formulación del presupuesto por parte de todos los ciudadanos, aunque por ahora de una manera no muy activa, pues con el tratamiento actual de la norma no es requisito para la presentación del proyecto haber agotado de alguna manera esta participación. De otro lado, el principio de democracia se concreciona con el ejercicio político que se lleva a cabo en el Congreso, la Asamblea o el Concejo para la aprobación de las apropiaciones solicitadas por el ejecutivo. Finalmente, el principio de transparencia se logra con la obligación contenida en el artículo 10 del Estatuto Anticorrupción y el 9 de la Ley de Transparencia, de publicar en la página web de la entidad el presupuesto oficial una vez este sea aprobado, junto con todas aquellas modificaciones posteriores que se hayan surtido. Visto de esta manera el presupuesto y su incidencia en el acceso a la información pública es procedente dar paso a la explicación del plan de desarrollo y el plan de acción.

3.1.3. Plan de Desarrollo y Plan de Acción.

Con la Ley 152 de 1994 se estableció todo el marco normativo para la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Desarrollo Nacional, los Planes de Desarrollo Territoriales y los Planes de Acción de las Entidades Descentralizadas diferentes a los entes territoriales. Una definición muy cercana a la Ley 152 es expresada por Bolívar y García (2014) “Un plan de desarrollo es la expresión de políticas, prioridades, objetivos, metas, estrategias que representan la manifestación de la voluntad de un gobierno para la asignación de recursos públicos con el fin de satisfacer eficientemente las necesidades de la sociedad”. Así mismo, esta norma contiene un cúmulo de principios predicables de los diferentes planes de desarrollo y de acción, de los cuales quisiéramos destacar los de (i) Coordinación, referente a la armonía que debe existir entre los Planes Territoriales y de Acción con el Plan Nacional de Desarrollo en pro de lograr desarrollar cabalmente su contenido material, (ii) Participación, alusivo al papel que juega la comunidad en la elaboración de los diferentes planes de desarrollo y su contenido de inversión, y (iii) Coherencia, relativo a la relación que debe

existir entre los proyectos planteados e inscritos en el Banco de Programas y Proyectos con los objetivos y metas planeados.

Ya dijimos con la definición arriba citada que los planes de desarrollo deben contener ciertos ítems, lo cuales la norma distingue en dos partes diferentes del plan. De un lado se encuentra el plan general, donde se plasman los objetivos, metas y estrategias a seguir por el ejecutivo de manera genérica, para que del otro lado se plasme el plan de inversión, contenido de los recursos, fuentes de financiación, presupuestos plurianuales y forma idónea para dar cumplimiento al continuo general del plan. De este segundo elemento, el plan de inversión, surge el Banco de Programas y Proyectos, una de las dos fuentes para afectar dineros en materia contractual. Adelante analizaremos esta figura y la del Plan Anual de Adquisiciones.

En este entendido, siguiendo el hilo de la Ley en mención, el procedimiento para la adopción de los diferentes planes se encuentra reglado con marco general, que es el fijado para la formación del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes de Acción de las Entidades Descentralizadas del nivel nacional. Así, dicho procedimiento es el siguiente.

A. Elaboración:

- a. El Presidente de la República electo, recién posesionado se encarga de recibir las necesidades planteadas por cada una de las dependencias de la Presidencia, para lo cual se apoya cabalmente en el Director del Departamento Nacional de Planeación (Del que hablamos en el segundo capítulo), con el fin de dar inicio a la elaboración del plan.
- b. El Director del DNP, se encarga de recibir las demás necesidades, planteamientos, recomendaciones y solicitudes de los Ministerios, los Entes Territoriales y el Consejo Superior de la Judicatura (o quien haga sus veces), en aras de proyectar un último borrador previo a su aprobación por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES.
- c. Presentado al Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES², la parte general del plan se somete a su revisión, mientras el plan de inversión pasa lo

² Conformado por el Vicepresidente de la República, todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del DNP, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, bajo la dirección del Presidente de la República.

propio por el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS³, a efectos de que sean incorporadas ciertas modificaciones dado aplicación a las normas presupuestales y las contenidas en la Ley 152.

- d. Una vez esto ha culminado es enviado al Consejo Nacional de Planeación⁴, quien da el último aval para la presentación del proyecto al Congreso de la República.

B. Aprobación:

- a. Una vez el proyecto se envía al Congreso, se realizan sesiones conjuntas en la comisión de asuntos económicos de ambas cámaras, a efectos de su discusión.
- b. Surtida este debate el proyecto es enviado a la plenaria en cada cámara, donde al igual que en el primer debate se pueden realizar modificaciones, siempre que no alteren el equilibrio económico del plan.
- c. Finalmente el proyecto es elevado al estatus de Ley, con la salvedad de que si no llegase a proferirse al cabo de 3 meses en curso en debates, el ejecutivo está facultado para proferirlo por medio de Decreto con fuerza de Ley.

Así, queda por decir que una vez ha sido aprobado el Plan Nacional de Desarrollo los directos de los diferentes entes descentralizados tienen la carga de realizar el Plan de Acción, ligado por supuesto a los objetivos, metas y estrategias del PND.

Entonces, como dijimos arriba, el marco es fijado para efectos nacionales, donde los cambios para los Entes Territoriales se hacen con atención a que el DNP se entiende como la Secretaría u Oficina Asesora de Planeación del Ente, el CONPES será el Consejo Territorial de Política Económica y Social, y por Congreso se entenderá Asamblea o Concejo según sea el caso. Resta decir que en todos los niveles, nacional, departamental, distrital y municipal, sector central y descentralizado, la Ley 1712 contiene la obligación de publicar el Plan correspondiente en la página web de la entidad para garantizar el público conocimiento del mismo.

Ahora bien, al igual que con el presupuesto, los Planes de Desarrollo y Planes de Acción dan amplio desarrollo a los tres principios objeto de análisis en esta monografía. Primero,

³ Presidido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público e integrado por el Director del DNP, el Consejero Económico de la Presidencia de la República, los Viceministros de Hacienda, los directores de la Dirección General del Tesoro Nacional y Crédito Público y de Impuestos y Aduanas.

⁴ Conformado por Alcaldes, Gobernadores, representantes de los sectores económico, social, educación, ambiental, cultural, comunitario e indígena.

con la participación de los mandatarios de los entes territoriales, representantes de los diferentes sectores y la comunidad en general en la formulación del plan, se materializa el principio de participación. Con el procedimiento establecido para la aprobación por parte del cuerpo colegiado, llámese Congreso, Asamblea o Concejo, se trae a la realidad el principio de democracia. Finalmente con obligación de publicar se blinda de transparencia la adopción de los planes.

Mencionamos que trataríamos a colación los dos ítems que se afectan dentro de los diversos rubros del presupuesto, bien sea porque el dinero proviene de un proyecto de inversión o de los recursos apropiados para el funcionamiento de la entidad, por lo que procedemos a exponerlos sucintamente.

3.1.3.1. Banco de Programas y Proyectos de Inversión.

Así, el primero es el Banco de Programas y Proyecto de Inversión, que funge como un instrumento que pretende la integración de la planeación desarrollada en el Plan de Desarrollo o de Acción y el tema presupuestario, teniendo como fin el mejoramiento de la gestión de recursos. En él se deben inscribir y actualizar cada año todo los programas y proyectos de inversión pública que sean factibles técnica, financiera, económica, social y ambientalmente, que se pretendan impulsar (Bolívar y García, 2014). Esta herramienta se regula en el artículo 27 de la Ley 152. En virtud del artículo 77 del Estatuto Anticorrupción deben publicarse todos los proyectos de inversión que se pretendan impulsar.

3.1.3.2. Plan Anual de Adquisiciones.

El Plan Anual de Adquisiciones es la otra vía para afectar recursos en materia de contratación pública, y tiene como objetivo comunicar la información que pueda ser útil a los

interesados en participar en las adquisiciones que hace el Estado de manera temprana. El artículo 2.2.1.1.1.4.1 del decreto 1082 de 2015 obliga a las Entidades Estatales a elaborarlo y dirime su contenido: la lista de bienes, obras y servicios que pretende adquirir durante el año. También establece el deber de señalar la necesidad a la que apunta cada una de las adquisiciones, sin que dicha descripción deba ser exhaustiva. Esta herramienta se utiliza para reconocer y justificar el valor total de recursos requeridos por la entidad, como referencia para estimar el nivel de ejecución del presupuesto y para pronosticar la demanda de bienes y servicios.

Ley 1712 contiene la obligación de publicar el plan en la página web de la entidad, donde de la mano con el artículo 2.2.1.1.1.4.3. del Decreto Único Reglamentario del Sector Planeación se establece el deber de publicarlo en el SECOP, a más tardar en la fecha que para los efectos establezca la Agencia Colombia Compra Eficiente. Así, debe entenderse como fecha límite para su publicación el día 31 de enero de cada año, en virtud de la Circular Externa No. 002 de 16 de agosto de 2013 de la agencia en mención.

3.1.4. Estudios Previos.

Una vez se ha formulado el Plan de Desarrollo o de Acción, inscrito los programas en el Banco de Programas y Proyectos y consignado las posibles adquisiciones en el Plan Anual de Adquisiciones por parte de una entidad, es posible dar viabilidad a la estructuración de un proceso contractual cuando se evidencia la existencia de una necesidad amparada en los documentos descritos. Para Palacio (2014), con fundamento en el principio de economía y con el interés de que las entidades no realicen contrataciones sin planeación alguna, la Ley 80 de 1993 ordenó a las entidades llevar a cabo, previamente al inicio de un procedimiento de selección, estudios técnicos, diseños y planos indispensables para saber la procedencia de los recursos financieros para la ejecución del contrato, la oportunidad y conveniencia del mismo. Así, el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del decreto 1082 de 2015 establece que los estudios y documentos previos son el soporte para la elaboración del proyecto del pliego de condiciones, el pliego de condiciones definitivo y el contrato; este artículo concreta ocho requisitos imprescindibles para los estudios previos, a saber:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

Dos salvedades debemos hacer respecto de la numeración anterior. De un lado, las exigencias de dicho artículo no son aplicables a la contratación de mínima cuantía, pues como lo dijimos en el segundo capítulo, al ser el procedimiento de selección más expedito, cuenta con requisitos más sumarios, entre los cuales debemos aclarar que los estudios previos de esta modalidad difieren de los expuesto en tanto basta con establecer en ellos la descripción de la necesidad, el objeto, plazo y valor del contrato, las condiciones técnicas exigidas y la disponibilidad presupuestal para el contrato. Esta variación en los estudios atiende a tres cosas,

primero, que el criterio de selección en la mínima cuantía es el menor valor, por lo que no hay lugar a elaborar un mecanismo para la calificación de la propuesta más favorable, segundo, que por la brevedad del trámite es necesario contar con el certificado de disponibilidad presupuestal ya que el paso siguiente será la invitación pública a contratar, y tercero, que el artículo 2.2.1.2.1.5.4. faculta la no exigencia de garantías, sin embargo, consideramos que a pesar de no estar manifiesto en la norma, cuando la entidad pretenda que se constituyan garantías para la ejecución del contrato, es necesario especificar su calidad y monto en los estudios previos a fin de que este criterio sea tenido en cuenta por los posibles oferentes en la conformación de la propuesta.

De otro lado, la segunda salvedad al artículo 2.2.1.1.2.1.1 se concreta en que consideramos al igual que Gómez (2015), que aun cuando el artículo no menciona nada acerca del estudio del sector económico, este debe consignarse en alguna parte de los estudios o en documento anexo, en atención a que el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del mismo decreto establece que “La Entidad Estatal debe hacer, **durante la etapa de planeación**, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de **análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.**” (La negrilla es nuestra). Así, el artículo no aclara en qué documento del proceso debe consignarse el estudio del sector, no obstante, por ser base necesaria para el análisis del riesgo y estudio financiero, dentro de la etapa de planeación, a nuestro entender no hay documento más idóneo que los estudios previos para determinar tal análisis. Además, los criterios para determinar los requisitos habilitantes también deben incorporarse en los estudios previos en aras de garantizar su conocimiento y coherencia con el objeto a contratar, a pesar de no existir norma alguna.

En ese entendido, estudiaremos los aspectos más relevantes del contenido de los estudios previos, para dar paso a la forma de materializar el acceso a la información pública en su conocimiento.

3.1.4.1. Descripción de la necesidad.

La descripción de la necesidad que debe consignarse en los estudios previos no apunta hacia el qué se va a contratar, pues esto está establecido en el objeto, más bien se relaciona con aquello para lo que se requiere esa contratación (Suárez, 2014). En nuestro entender, lo que busca la norma con este imperativo, es que se esclarezca cuáles son las metas y objetivos hacia los cuales apunta la celebración del futuro contrato, es decir, qué premisas del Plan de Desarrollo o de Acción se encargará de satisfacer, para poner en marcha la ejecución de este. La razón que consideramos fundamenta que se satisfaga este requerimiento, es que como dijimos más arriba, la vulneración al principio de planeación acarrea la nulidad absoluta del contrato, por lo que pretender celebrar un contrato sin que apunte al desarrollo de alguna meta y objetivo del Plan matriz, viciaría el mismo de una nulidad absoluta y lo tornaría ineficaz.

3.1.4.2. Objeto a contratar, licencias, permisos y autorizaciones.

La necesidad de la entidad se suple a través del objeto contractual, pues este se materializa con la actividad a desarrollar, bien sea la producción de un bien, la prestación de un servicio o la realización de una obra. Ahora bien, con el Decreto 1510 de 2013 compilado en el 1082 de 2015, se introdujo la obligación de incluir en los estudios previos mención acerca de las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para la ejecución del objeto contractual. Al respecto la doctrina ha considerado que en atención al artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por regla general tales requerimientos competen a la entidad y que su obtención debe hacerse a través del supervisor del contrato, como requisito previo al inicio de la ejecución contractual. A modo de ejemplo pueden citarse las licencias ambientales para la ejecución de una obra o la obtención de permisos por parte de las curadurías urbanas con el mismo fin.

No obstante, hay autorizaciones, permisos y licencias cuya obtención debe hacerse durante la ejecución contractual, como ocurre en los contratos llave en mano, donde el contratista se encarga de realizar los diseños, estudios de factibilidad y demás análisis previos a la

construcción de una obra, sumado a la elaboración de la misma. En todo caso, el supervisor del contrato será siempre el obligado a velar por la existencia de tales autorizaciones, pudiendo suspender el contrato hasta tanto no se hayan obtenido tales permisiones. Para efectos prácticos la importancia del conocimiento de tales requisitos radica en que el oferente conozca los trámites que debe realizar para la ejecución del objeto, toda vez que dependiendo de quién deba tramitar la autorización, los costos de operación incrementarán o no.

3.1.4.3. Análisis del sector económico, valor estimado, evaluación del riesgo y exigencia de garantías.

El estudio de sector es la base fundamental para lograr estimar el valor y plazo del contrato, como también para evaluar el riesgo que puede existir en la ejecución del negocio jurídico. En este análisis se deben revisar cuáles son las condiciones del mercado sobre el cual se mueve el acuerdo a suscribir, teniendo presente los aspectos legal, comercial, financiera, organizacional, técnico, y de riesgo.

Como partícipe en la contratación pública, Colombia Compra Eficiente (C.C.E.) ha ilustrado unos parámetros para la elaboración del estudio del sector económico en aras de establecer el valor y plazo del contrato. Estos parámetros se fundan en tres cosas, (i) la oferta del mercado, (ii) la dinámica en la producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios, (iii) la demanda presente en el mercado objetivo. Dichos lineamientos atienden a la necesidad de conocer la relación entre oferta y demanda en el mercado y la cantidad de intermediarios que participan en la producción distribución y entrega de lo que se busca contratar, en aras de establecer un valor estimado frente al posible costo y utilidad esperada por un oferente a la hora de formular una propuesta. Desde luego estos son temas que escapan de lo jurídico y se centran más en ciencias económicas y financieras, pero se hace necesario su conocimiento, pues el togado como conecedor de la norma debe orientar la labor de los profesionales en las áreas financieras, para dar cabal cumplimiento a los mínimos fijados por C.C.E.

Queda claro que del análisis atrás mencionado se logra estimar el valor y su justificación, por lo que procedemos a explicar la evaluación y mitigación del riesgo. Para tal efecto debemos aclarar que la obligación contenida en la Ley 1150 de 2007 prevé la tipificación, estimación y distribución del riesgo, para lo cual debemos tener presente que el riesgo es, en palabras del Decreto 1082, el “Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato.”. Al respecto Suárez (2014) expresa que esta definición reglamentaria atiende al estudio de esta institución en el derecho comparado, especialmente en documentos como el *Handbook of Procurement*, de Nicola Dimitri, Gustavo Piga y Giancarlo Spagnolo.

Visto el concepto del riesgo nos queda exponer someramente en qué consiste cada elemento de la evaluación de este. En un primer momento el riesgo debe *tipificarse*, que no es otra cosa que establecer todos los posibles riesgos previsibles que pueden surgir con ocasión de la ejecución de un contrato estatal, a efectos de estos puedan ser estimados y distribuidos. Paso seguido se debe *estimar* el riesgo, es decir, cuantificarlo desde una arista de la previsibilidad, con el fin de comprender cuándo un riesgo se torna imprevisible al escapar de la fluctuación en que se estimó el riesgo Suárez (2014)⁵. Finalmente, una vez se ha estimado debe distribuirse entre las partes, sin que se haga de una forma arbitraria, pues la misma norma fijó como parámetros para justificar la repartición de este, los mismo que se deben tener en cuenta a la hora de estimar el valor del contrato.

Otro elemento que puede variar la estimación del precio y por tanto debe considerar el oferente al presentar su propuesta es la exigencia de garantías por parte de la entidad, las cuales están reguladas entre los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.5.1. del decreto 1082, y pueden ser: contratos de seguro contenidos en una póliza, constitución de patrimonios autónomos o de garantías bancarias. Adicionalmente los artículos 2.2.1.2.1.4.5. y 2.2.1.2.1.5.4. contemplan la facultad de la entidad contratante de solicitar o no garantías cuando se trate de las modalidades de contratación directa y mínima cuantía.

⁵ A modo de ejemplo el autor describe el siguiente: “como cuando se dice que la tasa de cambio podrá fluctuar hasta en un 7% en un año cualquiera, de manera que sea tal posibilidad la que se ‘distribuya’ entre las partes. En ese sentido, si en efecto el riesgo de que se trata excede esa estimación, el mismo deberá ser tratado como ‘imprevisible’, toda vez que de conformidad con la normatividad vigente y en aras del equilibrio económico de contrato, no podrá atribuirse una obligación de ‘quantum’ indeterminado o indeterminable a un contratista, toda vez que ello impediría tener absoluta claridad sobre el valor ‘intrínseco’ a que se refiere el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.”.

3.1.4.4. Justificación de la modalidad seleccionada.

Ya vimos en el segundo capítulo las modalidades de selección, explicando sucintamente las más comunes en la praxis contractual. Igualmente describimos los parámetros para optar por una o por otra modalidad. Así, la justificación jurídica debe atender a las reglas del artículo 2 de la Ley 1150, teniendo que por regla general los procedimientos contractuales deben tramitarse con arreglo a las normas aplicable a la licitación pública, a menos que se trate de aquellos objetos donde opere la selección abreviada o el concurso de méritos, teniendo claro que de tratarse de una cuantía inferior al 10% de la mayor cuantía, podrá tramitarse por la modalidad de mínima cuantía.

3.1.4.5. Criterios para seleccionar la oferta más favorable.

El último de los elementos que consideramos oportuno aclarar es la incorporación de los criterios para seleccionar la oferta más favorable, los cuales están reglados en el artículo 2.2.1.1.2.2.2. del 1082 de 2015, y se resumen en dos tipos de criterios, (i) la ponderación de los elementos de calidad y previo soportados en puntajes o fórmulas, donde la entidad fija los puntajes otorgados para cada ítem que se escape de los requisitos habilitantes y constituya criterio de ponderación, o (ii) la misma ponderación pero frente a la mejor relación costo beneficio, caso en el cual debe consignar en el pliego de condiciones los siguientes ítems:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

En el primero de los eventos resultará adjudicatario el que obtenga la mayor puntuación, mientras que en la segunda quien obtenga la menor. Debe recordarse la precisión hecha de que para el caso de la mínima cuantía, el único criterio de selección será el menor precio.

Así, vistos los elementos más relevantes para el objeto de estudio, nos queda aterrizar la aplicación del acceso a la información pública en los estudios previos. En nuestro entender, con la elaboración y publicación de los estudios previos se logra satisfacer y materializar, siquiera, los principios de transparencia y participación, toda vez que estos deben publicarse junto con los dos documentos que veremos más adelante, entre 10 a 20 días calendario antes de que pretenda darse apertura a la selección. Además, creemos que con la elaboración del análisis económico del sector se garantiza una estimación del valor que atienda a la verdadera relación entre la oferta y la demanda de un mercado específico, lo que materializa el principio de participación. Otra obligación que garantiza la participación es la contenida en la normativa contractual, que establece el deber de la entidad contratante de socializar el proyecto de realización de una obra pública, y así revisar la viabilidad de dicha obra desde el punto de vista de la comunidad, previo a continuar cualquier trámite para la apertura de la convocatoria para su adjudicación.

No obstante lo dicho, existen dos excepciones, o si se quiere reservas legales, en la publicación de los estudios previos, pues el numeral 4 de artículo que de ellos trata consigna que “La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.”. Estas reservas atienden a la necesidad de equilibrar a los oferentes, para que no adecuen su propuesta a los requerimientos financieros que la entidad estima pertinentes. Sin embargo, dos dudas que escapan del objeto de esta monografía asaltan nuestro pensar, primero ¿qué sucede cuando el ordenador del gasto incurre en direccionamiento entregando esa información privilegiada al oferente que pretenda satisfacer? Además, ¿siendo las reservas de carácter legal, esta no se tornaría ineficaz por estar consagrada en un reglamento y no en una Ley? Creemos atentan flagrantemente contra la transparencia característica del acceso a la información pública.

3.1.5. Aviso de la Convocatoria.

El aviso de convocatoria es uno de los documentos que deben publicarse junto con los estudios previos, el cual se comporta como una comunicación somera del contenido de los estudios previos, explícitamente reglado en el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015 y el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80. Estas dos disposiciones contienen cuál información debe poseer y la mención de que este aviso debe hacerse en el SECOP y la página web de la entidad, como se dijo atrás dentro de los 10 a 20 días calendario anteriores a la apertura de la licitación, selección abreviada o concurso de méritos, puesto que como ya hemos dicho en par oportunidades, la mínima cuantía como procedimiento sumario carece de esta etapa y con la publicación de los estudios previos se procede a la publicación conjunta de la invitación a contratar, que comporta la característica binaria de ser aviso de convocatoria y pliego de condiciones a la vez. Adicionalmente, la Ley 80 establece que deben publicarse entre 1 y 3 avisos, lo que en práctica se suele llevar a un solo aviso a pesar de las recomendaciones de los

tratadistas (Gómez, 2012). En este sentido, la información que debe contener este aviso es la siguiente:

1. El nombre y dirección de la Entidad Estatal.
2. La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación.
3. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir.
4. La modalidad de selección del contratista.
5. El plazo estimado del contrato.
6. La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma.
7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.
8. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial.
9. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme (micro, pequeñas y medianas empresas).
10. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación.
11. Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación.
12. El Cronograma.

13. La forma como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso.

Al respecto debemos una apreciación, es que con la manifestación de contar con la disponibilidad presupuestal no se está haciendo alusión a que exista ya Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP), sino que se exprese la existencia de los recursos aun cuando se estén haciendo movimientos financieros para la expedición futura del C.D.P. (recordamos que en la mínima cuantía sí se debe hacer manifestación del número de CDP) (Gómez, 2015).

Así las cosas, con la publicación de los 2, 3 o único aviso de convocatoria, se pretende garantizar el principio de transparencia dando acceso a toda la información de los estudios previos de manera sucinta. En nuestro parecer, al no connotar la calidad de acto administrativo y no proceder recurso alguno frente a él, no se vulnera derecho o principio alguno, pues como veremos el contenido del proyecto de pliegos es muy similar y es contra este que proceden las observaciones, ya que el aviso es un acto meramente comunicativo.

3.1.6. Proyecto de Pliego de Condiciones.

El proyecto de pliegos es el segundo documento que debe publicarse junto con los estudios previos. La sección tercera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de Julio de 2001 definió el pliego de condiciones como “el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato”. El pliego de condiciones definitivo es un acto administrativo de carácter general, a través del cual la administración radica las pautas con las que va a prestar un servicio público con el fin de satisfacer una necesidad. Lo hace en desarrollo de una planeación adecuada y un procedimiento veraz para que los interesados presenten sus ofertas y de esta manera la administración pueda escoger en forma objetiva la oferta más favorable, basándose en criterios de evaluación y ponderación, adecuados, razonables y proporcionales (González, 2010). Esto se ejecuta bajo los principios de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia e igualdad. Gracias al pliego el interesado conoce las condiciones claras, expresas y concretas a las que será sometido el contrato.

El pliego de condiciones detenta una naturaleza mixta, en vista de que inicia como una manifestación unilateral de la administración y cuando se adjudica al proceso se transforma en una parte del contrato como una cláusula contractual. A causa de esto, el pliego incluye dos clases de regulaciones. La primera contiene lo relevante a las condiciones contractuales, esto es, cláusulas aplicables en la ejecución del contrato, verbigracia, objeto, límites a la cuantía, forma de pago, plazos de entrega, entre otros. Y la segunda las reglas y condiciones del proceso de selección objetiva, aquí se indican las etapas, fases y fechas del proceso, por ejemplo la publicación de avisos y el plazo para presentar la oferta (González, 2010).

Con la explicación anterior, queremos hacer la salvedad de que la primera publicación que se hace del pliego es el mero proyecto, el cual se encuentra en SECOP estando el trámite en fase de borrador, es decir, sin que se haya realizado apertura y por tanto no sea posible presentar aún propuestas, y proceda la formulación de observaciones, de las que hablaremos en breve. El artículo 2.2.1.1.2.1.3. del 1082 establece cuáles son los requisitos mínimos del pliego de condiciones, los cuales ya vimos en los estudios previos y aviso de convocatoria, y que procederemos a enunciar siguiendo el mencionado artículo:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.

7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones.

10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial.

11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato.

13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas.

14. El Cronograma.

Acerca de estos requerimiento mínimos solo nos queda decir que en el proyecto debe consignarse el plazo máximo para proferir adendas, que son modificaciones no sustanciales al pliego de condiciones, realizadas una vez se ha hecho la apertura del proceso.

3.1.6.1. Observaciones al Proyecto de Pliego de Condiciones.

Las observaciones al pliego las hacen quienes están interesados en participar en el proceso de contratación, con el fin de ser la oferta más acertada para la Administración. El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015 contempla los términos para hacer observaciones al pliego de condiciones una vez estos se han publicado, varía según la modalidad de selección, a saber: durante diez (10) días hábiles en la licitación pública, cinco (5) días hábiles en la selección

abreviada y el concurso de méritos, y aquellas que se presenten fuera de estos términos serán tenidas en cuenta como derechos de petición, por ende serán resueltos conforme las disposiciones de las Leyes 1437 y 1755. Para los mismos efectos, de la invitación que se realiza en la mínima cuantía se da un (1) día hábil de traslado para formular las mismas observaciones predicables del proyecto de pliegos. Esta es la forma mediante la cual los posibles proponentes y comunidad en general participan en la conformación definitiva del pliego de condiciones, en pro de garantizar una mejor conformación de la oferta y evitar el direccionamiento del contrato.

Con la publicación en el SECOP del proyecto de pliego y la posibilidad de formular observaciones a este, el legislador pretendió dar plena aplicación a los tres principios que garantiza el acceso a la información pública, pues con su publicación del proyecto de pliego y respuesta a las observaciones se garantiza el principio de transparencia, mientras que con el oportunidad para formular observaciones se aplica el principio participación y en una menor medida el de democracia, pues permite que en la conformación de los pliegos definitivos intervengan los que consideren oportuno hacerlo.

3.1.7. Acto Administrativo de Apertura.

Al cabo del término de 10 a 20 días calendario que se haya establecido en el cronograma, luego de haber publicado los estudios previos, primer aviso de convocatoria y proyecto de pliego, el paso a seguir es la expedición y publicación del acto de apertura, que es un acto administrativo de carácter general y abstracto, pues así lo ha estipulado el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del decreto 1082 de 2015, razón por la cual contra él no procede ningún recurso. Este acto administrativo debe ser motivado en aras a que la decisión provenga del estudio pertinente de conveniencia y oportunidad del contrato, en concordancia con el plan de desarrollo de la Entidad (Lamprea, 2007), como ya lo vimos durante el transcurso de la explicación de la etapa de planeación. Vale aclarar que una vez se expide este acto administrativo el proceso debe culminar en acto definitivo de adjudicación o en la declaratoria de desierta de la convocatoria, es

decir, antes de este acto, la Entidad aún puede desistir de adelantar el proceso (Fandiño, 2014). Al respecto debemos hacer una apreciación, y es que la publicación de estudios previos, aviso de convocatoria y proyecto de pliegos no obliga a la apertura del proceso contractual, puesto que la viabilidad del procedimiento puede caerse tras la presentación de observaciones al proyecto de pliego o la presentación de derechos de petición que conduzcan a la modificación de los estudios previos y por ende al cierre y archivo del trámite o la reiniciación de labores para publicación de los documentos anteriores a la apertura. El contenido mínimo de dicho acto es el siguiente:

1. El objeto de la contratación a realizar.
2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.
3. El Cronograma.
4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos.
5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.
6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.
7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Dos nuevas cuestiones surgen en este acto, de un lado que con su expedición debe convocarse a las veedurías ciudadanas, por primera vez, a que participen del proceso contractual y fiscalicen la ejecución del mismo. Por otro lado, es en este acto donde debe contar ya con la disponibilidad presupuestal certificada, pues sin esta no es procedente la apertura, que de ser realizada sin su observancia dará lugar a estar enmarcado en una falta gravísima de conformidad con la Ley 734 de 2002.

Bajo estas premisas, este acto logra materializar dos de los principios que sustentan el derecho fundamental objeto de análisis, pues como todos los documentos anteriores, este debe publicarse en el SECOP o que vela por el principio de transparencia, además que con la

convocatoria a veedurías ciudadanas claramente se busca garantizar el principio de participación y por qué no, en un pequeña medida el de democracia.

Con la apertura (o invitación en la mínima cuantía) culmina a etapa de planeación de la gestión contractual del estado. De esta manera, queda agotado el objeto de estudio de esta tesis, queriendo en las siguientes páginas esbozar un tema que nos llamó la atención, para soportar algunas de las conclusiones.

3.2. MECANISMOS PARALELOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.

Agotado el estudio planteado en la propuesta de investigación, quisiéramos a modo de plus comentar un par de temas al respecto de la garantía de acceso a la información pública en la etapa de planeación de la gestión contractual del Estado. Estos temas son los mecanismos paralelos que permiten acceder a información de conformidad con lo expuesto en los numerales anteriores, y los medios coercitivos con los que cuenta el Estado para sancionar el incumplimiento del principio de planeación y acceso a la información pública. Lo venidero se realiza, como ya se expresó, a efectos de cimentar algunas conclusiones.

3.2.1. Mecanismos garantes.

No obstante lo expresado en los anteriores capítulos respecto del grueso número de medidas para garantizar los principios de transparencia, participación y democracia en la etapa de planeación, los índices de percepción de la corrupción de Colombia son muy altos, ocupando el puesto número 83 de un ranking de 168 países (Transparencia Internacional, 2015).

Consideramos, que las medidas, a pesar de parecer idóneas, no son suficientes, pues su implementación no ha logrado tener el impacto esperado. Los siguientes son mecanismos paralelos a los vistos atrás, contemplados para garantizar de manera el acceso a la información pública en la contratación adelantada por el Estado.

3.2.1.1. Derecho de Petición.

Como lo hemos dicho desde el primer capítulo de este trabajo, el derecho de petición es por excelencia uno de los mecanismos para acceder a los documentos públicos, sin embargo, dado el carácter procedimental de la gestión contractual del Estado, este mecanismo se puede tornar ineficaz a la hora de ser aplicado, pues su tiempo de respuesta es muy largo frente a los cortos términos de las diversas modalidades de selección.

Esta prerrogativa constitucional encuentra sustento en el artículo 23 de la Constitución, el cual habíamos citado anteriormente, que versa “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”. Adicionalmente, está reglamentado en la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la cual fue debatida en el Congreso de la República luego de la declaratoria de inexecutable de los artículos referentes al derecho de petición de la Ley 1437 de 2011, por no tener el carácter de estatutaria. A modo enunciativo quisiéramos citar los parámetros que regulan el Derecho de Petición, los cuales fueron esbozados por la Corte Constitucional en Sentencia T-377 de 2000, estableciendo que *“En relación con el derecho de petición, la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido estos parámetros:*

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que

la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.” (Negrita fuera del texto)

Este mecanismo podría usarse para hacer solicitudes abstractas o concretas frente a los procedimientos contractuales que pretenda adelantar una entidad, sin embargo, como ya se dijo, dado que para su respuesta se tienen 15 días hábiles, la respuesta perderá importancia en la mayoría de las veces.

3.2.1.2. Mecanismos de la Ley 1712.

La Ley 1712 de 2014 contempla dos mecanismos importantes, cuya aplicación garantiza en cierta manera el acceso a la información pública en la etapa de planeación contractual, una vez esta ha sido expedido cada uno de los documentos.

3.2.1.2.1. Portal o página Web.

De un lado esta norma contiene la obligación de los sujetos sometidos a su imperio, de tener un portal web de fácil acceso, donde se puedan consultar todas aquellas actuaciones surtidas durante la planeación de la contratación, especialmente los documentos contentivos de

avisos de convocatorias y pliegos de condiciones. Desde luego, este portal no solamente debe contener documentos de tipo contractual, pues en su esencia busca la publicación de todos los documentos que las autoridades produzcan, en ejercicio de la función administrativa. Ya vimos que algunos de los documentos de la planeación deben publicarse en este portal, pero existe la posibilidad de que con la adopción de manuales de contratación se logre publicar más documentos en este tipo de páginas.

3.2.1.2.2. Ministerio Público.

El artículo 23 de esta norma impone al Ministerio Público la calidad de sujeto garante, responsable de velar por la protección del derecho fundamental de acceso a la información pública. Este artículo le da un conjunto de actividades a llevar a cabo, las cuales se resumen en la toma de acciones preventivas para hacer cumplir el mandato constitucional del artículo 74, el seguimiento a las acciones constitucionales que propendan por la protección de este derecho, iniciar y tramitar los procedimientos sancionatorios de carácter disciplinario necesarios para tomar acciones correctivas y realizar capacitaciones en aras de dar aplicación a la Ley.

3.2.1.3. Gobierno en línea.

Gobierno en línea es una estrategia del Gobierno Nacional que pretende fomentar el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, con la finalidad de lograr la elaboración de un Estado abierto, más eficiente, más transparente y más participativo, que pueda prestar mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad. Esta estrategia está reglamentada en el Decreto Único Reglamentario No. 1078 de 2015 que contiene los lineamientos de su puesta en marcha, en aras de garantizar cuatro grandes pilares, TIC para

Servicios, TIC para el Gobierno abierto, TIC para la Gestión y la Seguridad y privacidad de la Información.

3.2.1.4. Gobierno abierto.

Gobierno abierto como mecanismo hace parte de la estrategia de Gobierno en línea y comprende todas aquellas actividades encaminadas a construir un Estado más transparente, participativo y colaborativo, involucrando a los diferentes actores en los asuntos públicos, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Actualmente la Procuraduría General de la Nación ha puesto en práctica los Índices de Gobierno Abierto IGA, que además de llevar la estadística del cumplimiento de las normas anticorrupción, genera alertas tempranas sobre irregularidades administrativas, en aras de evitar detrimentos patrimoniales, actos de corrupción y sanciones disciplinarias.

Adicionalmente, la Alianza para el Gobierno Abierto -AGA- se creó desde el seno de las organizaciones de la sociedad civil colombiana, las cuales se unieron para generar propuestas en materia de transparencia, lucha contra la corrupción, aprovechamiento de las nuevas tecnologías y rendición de cuentas. Este programa es liderado por el Gobierno Nacional, a través de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y desde las Corporaciones Somos Más, Transparencia por Colombia, la Asociación de Fundaciones Empresariales –AFE- y la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio –Confecámaras-. Esta iniciativa busca mejorar el desempeño gubernamental, fomentar la participación efectiva y mejorar la capacidad de respuesta de los gobiernos hacia sus ciudadanos. Tal ha sido el impacto y la importancia de Gobierno abierto que fue AGA la impulsora del proyecto de Ley 1712

3.2.1.5. Urna de cristal.

Urna de Cristal es una herramienta del Gobierno Nacional para brindar un canal de participación ciudadana y transparencia gubernamental. Adicionalmente funge como canal de comunicación entre el Gobierno y la ciudadanía, funcionando como medidor de índices, a través de la consultas del ciudadano para que el Gobierno responda, y la consulta al ciudadano para que el Gobierno logre captar índices de consenso social. Su relación con la contratación es abstracta, pues no vincula al ciudadano con los procedimientos contractuales de manera directa, menos en la etapa de planeación.

Como ya se dijo al iniciar este acápite, los mecanismos no sancionatorios no han tenido el impacto esperado, lo que mantiene a Colombia sumido en una difícil situación frente a la corrupción, razón por la cual en el panorama actual consideramos más eficaz el uso de los medio coercitivos que pasaremos a esgrimir, para finalmente plantear las conclusiones de nuestro trabajo.

Todos estos mecanismos son paralelos al actuar contractual y a pesar de estar establecidos para aplicarse en este y otros procedimientos, al menos hablando de contratación pública no han logrado los resultados esperados, conforme se puede ver en documentos como Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional.

3.2.2. Sistemas de Responsabilidad.

Finalmente nos ocuparemos de los medios coercitivos para hacer cumplir las obligaciones emanadas de la aplicación del derecho fundamental de acceso a la información pública en la etapa de planeación de la gestión contractual del Estado. En términos generales puede decirse que la responsabilidad se divide en dos categorías macro, la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad sancionatoria. De un lado, la sancionatoria se caracteriza por contar con un carácter punitivo, de castigo, que más que reparar el daño propende por otras finalidades de tipo preventivo y sancionador, mientras la responsabilidad patrimonial puede

definirse como la obligación de resarcir un daño injustificado causado en una persona, su patrimonio o sus derechos. En ambos tipos de responsabilidad los elementos para su constitución varían en atención al régimen del que se esté hablando. Como acabamos de mencionarlo, recurrimos al estudio de estos regímenes pues hasta ahora los medios ideales que la norma contempla no han alcanzado los resultados esperados, lo que nos lleva a analizar las consecuencias de incumplir estos mecanismos descritos en los anteriores epígrafes.

Para efectos prácticos responderemos a los siguientes interrogantes en el estudio de los regímenes: ¿Qué es la responsabilidad desde ese régimen? ¿Cuáles son los elementos que la constituyen? ¿Quién es el encargado de tramitarla? ¿Qué sanciones existen? ¿Cuáles son las conductas que podrían llevar a una condena?

3.2.2.1. Responsabilidad sancionatoria.

Esta primera gran categoría se ocupa de materializar el *ius puniendi* radicado en cabeza del Estado, con el fin de garantizar ciertas finalidades de rango constitucional, como lo son la prevención y la corrección, es decir, precaver a la sociedad y al sujeto procesado para que la conducta no siga ocurriendo y retribuir el injusto cometido. Así, los elementos de esta clase de responsabilidad giran en torno a determinar (i) si la conducta está consagrada por el ordenamiento jurídico como antijurídica, (ii) si su comisión conllevó al detrimento de los bienes tutelados por la norma y (iii) si una vez hecho un juicio de reproche el sujeto actuó conociendo las consecuencias de actuar, siéndole posible actuar conforme a derecho. De esta categoría se desprenden dos modalidades importantes a saber, la responsabilidad penal y la disciplinaria.

3.2.2.1.1. Responsabilidad penal.

La primera que abordaremos es la responsabilidad penal, que en su esencia buscar proteger bienes de gran importancia, conocidos como jurídicamente tutelados, por medio del

castigo de los ilícitos cometidos con una pena de carácter restrictivo, limitando el ejercicio de derechos y garantías de rango constitucional, donde a modo de ejemplo podemos nombrar las dos garantías más importantes, limitadas por excelencia en el ejercicio del derecho penal, estas son la libertad en sí misma y la libre locomoción. Dentro de los elementos arriba mencionados para el estudio de la responsabilidad penal podemos distinguir la (i) tipicidad, (ii) antijuridicidad y (iii) culpabilidad, de las cuales se ocupa la doctrina penal y que no serán objeto de estudio en este trabajo.

En materia de gestión contractual del Estado, el derecho penal es quizás uno de los más efectivos, sin que por ellos logre comportar una talanquera idónea ante la desobediencia de las autoridades administrativas. Decimos que no es lo suficientemente idónea, porque de serlo, como se dijo arriba, Colombia no ocuparía el 94avo puesto en el ranking de percepción de la corrupción. Sin embargo, de existir solamente condenas de tipo pecuniaria, la corrupción llegaría a niveles colosales. Así, la Ley 599 de 2000, junto con todas sus modificaciones en aras de la anticorrupción (entiéndase Ley 1474) consagran un cúmulo de delitos con altas penas, con miras a reducir la malversación de los recursos públicos.

Los delitos aplicables a la inobservancia de los deberes correlativos al derecho fundamental de acceso a la información pública en la etapa de planeación según Gómez (2012) son:

- La celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales contenido en el artículo 410 del Código Penal. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la violación a las normas y principios de la contratación estatal adecúa típicamente este delito, por lo que la trasgresión al principio de legalidad puede configurar la conducta delictual (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2007).
- El peculado en sus diversas modalidades, que es la apropiación de bienes del Estado, a través de medios fraudulentos, como es el caso del direccionamiento del contrato desde la etapa de planeación, por medio de un pliego de condiciones que no permita la libre concurrencia y selección objetiva.

- El interés indebido en la celebración de contratos, que es el delito aplicable a todas las etapas de la gestión contractual, consistente en el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero con ocasión de la celebración de un contrato en el que intervenga con ocasión de su cargo. Al ser la etapa de planeación en la que se estructuran las demás fases, suele ser acá donde se direcciona el contrato, por lo que la Corte Suprema de Justicia ha considerado que este delito ataca directamente los principios de transparencia, selección objetiva y planeación (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 2002)

Así mismo existen otros delitos cuya adecuación a la etapa de planeación se hace más compleja, pero que pueden llegar a hacer mella en ella, como lo son el abuso de autoridad, el prevaricato, el enriquecimiento ilícito, la intervención en política, entre otros. Finalmente nos queda decir que es la Fiscalía General de la Nación la encargada de llevar a cabo las acciones investigativas para considerar la comisión de la conducta punible, para luego hacer uso de la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria, la cual puede imponer sanciones que para estos delitos van desde una multa y destitución del cargo ejercido, hasta la pena privativa de la libertad por veintitrés años.

3.2.2.1.2. Responsabilidad disciplinaria.

Ahora bien, la segunda que trataremos es la responsabilidad disciplinaria, como ejercicio del poder punitivo que protege la adecuada ejecución del deber funcional de los servidores públicos en el desarrollo de sus funciones. Dentro de los elementos que la caracterizan se distinguen la (i) tipicidad, (ii) ilicitud sustancial y (iii) culpabilidad, de las cuales, al igual que dijimos con la responsabilidad penal, se ocupa la doctrina y que por desborda nuestro estudio no serán sometidas a explicación en esta tesis. Cabe resaltar que refiriéndonos a este régimen, los dos primeros elementos, es decir, tipicidad e ilicitud sustancial, están contenidos en un concepto bipartito llamado injusto disciplinario.

Al referirnos a la gestión contractual del Estado, por el poder preferente⁶ la Procuraduría General de la Nación tramita los procedimientos disciplinarios a que haya lugar con ocasión de la vulneración de las normas contenidas en la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario. Tal normatividad contempla tres tipos de faltas, las gravísimas, graves y leves, de ellas solo tipifica expresamente las gravísimas, entre las cuales le son aplicables a nuestro estudio:

- La comisión de delitos con ocasión del ejercicio de un cargo público.
- Participar en la etapa de planeación, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley, lo que involucra la violación a los principios de transparencia y publicidad de la contratación, o bien al derecho fundamental de acceso a la información pública.
- Ofrecer la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas.
- La falta de obtención de las licencias, permisos y autorizaciones necesarios para la ejecución del contrato.
- El desconocimiento a los principios de la contratación estatal.
- El desconocimiento e incumplimiento de normas presupuestales.
- Exceder el presupuesto de la vigencia fiscal.

Adicionalmente, el artículo 50 de esta norma establece que comportan faltas graves o leves el incumplimiento de los deberes consagrados en el artículo 34, entre los cuales está cumplir con las obligaciones y deberes establecidos en la Constitución, la Ley y los Reglamentos, lo que claramente se relaciona para el caso en concreto con la violación de los deberes enunciados en el numeral 3.2 de este trabajo. De la mano con esto, las sanciones que pueden llegarse a imponer van desde una simple amonestación escrita para las faltas leves culposas, una multa para las leves dolosas, suspensión del cargo para las faltas graves culposas, la suspensión e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas y gravísimas culposas, hasta la destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o con culpa gravísima. Esto lo ha manifestado la Procuraduría General de la Nación, en fallos como el fechado el 15 de

⁶ También las Oficinas de Control Disciplinario y las Personerías Municipales y Distritales adelantan procedimientos de este tipo.

noviembre de 2012, donde se declaró responsables disciplinariamente a varias funcionarias por haber continuado con el trámite un procedimiento contractual, a pesar de no haber publicado en tiempo los pliegos de condiciones, vulnerando flagrantemente su deber funcional.

3.2.2.2. Responsabilidad patrimonial.

La segunda categoría que enunciamos propende por el resarcimiento de los perjuicios causados con ocasión de hecho dañino causado sobre una persona o su patrimonio, y como lo veremos en los siguientes numerales, sobre el Estado y su patrimonio. En este entendido, los elementos de esta clase de responsabilidad giran en torno a determinar (i) la existencia de un daño injustificado causado a una persona o su patrimonio, (ii) la intención de causarlo o la falta de diligencia para que esto ocurriera (iii) y el nexo existente entre la causa que dio origen al daño y este. En esta categoría analizaremos tres modalidades a saber, la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil originada por la declaratoria de responsabilidad del Estado y la responsabilidad fiscal.

3.2.2.2.1. Responsabilidad administrativa.

Continuamente, la responsabilidad administrativa es un juicio de reproche, que está fundamentado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual faculta a los particulares a demandar una justa reparación cuando el Estado, a través de sus agentes ha causado un daño antijurídico que este no deba soportar. La doctrina y a jurisprudencia han compilado los elementos de este régimen, estos son, (i) la existencia de un daño, es decir, de un agravio injustificado que el particular no deba soportar, (ii) la imputación fáctica y jurídica del hecho causante del daño, lo que significa, que exista un nexo de causalidad y una persona jurídica de derecho público a quien endilgárselo y (iii) la culpabilidad de la administración, salvo que se trate de un régimen excepcional. Para este tipo de responsabilidad quien tiene la potestad de declararla es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través de los diferentes medios de

control, especialmente el de controversias contractuales, nulidad y restablecimiento del derecho o protección de los derechos e intereses colectivos. En este sentido llegamos a que las sanciones posibles son la declaratoria de responsabilidad y la obligación de resarcir los perjuicios causados. Cabe aclarar que en esta responsabilidad no hay conductas típicas que permitan predecir una condena ya que la causación del daño puede darse por cualquier hecho.

La estrecha vinculación de la etapa de planeación con este régimen radica en que suele ser en los pliegos de condiciones donde los dilapidadores del erario público usan direccionar la futura contratación. De ahí que cuando un oferente demanda bien por controversia contractual o por nulidad y restablecimiento del derecho, lo haga tasando sus perjuicios en la utilidad esperada, probando la ilicitud de las condiciones establecidas y su mejor posición para haber sido seleccionado. De todas formas, excepcionalísimamente (sobre todo por cuestiones probatorias) puede intentarse la reparación del daño por la pérdida de la oportunidad, como daño inmaterial.

3.2.2.2.2. Responsabilidad civil, ante la jurisdicción contencioso administrativa por repetición.

La repetición es un medio de control contemplado en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 que surge con ocasión de la declaratoria de responsabilidad del Estado, y permite la persecución judicial por el actuar doloso o gravemente culposo por parte del servidor o ex servidor público. Esto quiere decir, que si el agente actúa mediando culpa leve o levísima el Estado no podrá repetir contra él, aun cuando por tal razón haya sido condenado. Sus elementos son: (i) declaratoria de responsabilidad al Estado, (ii) la existencia del dolo o la culpa grave en el actuar antijurídico y (iii) el pago efectivo indemnizatorio hecho por el Estado, este último más como requisito de procedibilidad que como elemento. Dado que es un medio de control debe tramitarse en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así como la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil no posee conductas típicas, razón por la cual cualquier conducta que se haya realizado con dolo o culpa grave puede dar paso a ella.

3.2.2.2.3. Responsabilidad fiscal.

Finalmente, a modo enunciativo mencionaremos la responsabilidad fiscal, que es una responsabilidad patrimonial de tipo extracontractual y tiene que ver con la transgresión de la gestión fiscal, esto quiere decir, aquello que está relacionado con los recursos públicos, su apropiación y destinación. Está constituida por (i) una conducta con culpa grave o dolo, (ii) un daño patrimonial causado al Estado y (iii) la relación de causalidad entre estas dos. No existen sanciones, pues como se dijo, de estos regímenes no emanan penas, sino declaratorias de responsabilidad, con el fin de que el funcionario reintegre al tesoro público el dinero o bien que malversó. Es la Contraloría General de República quien tiene el control y vigilancia de la gestión fiscal, por lo que al igual que la Procuraduría en lo propio, actúa como Juez y parte. Reiteramos que al ser una responsabilidad de tipo patrimonial no requiere de una conducta típica para transgredir la gestión fiscal. Las actuaciones por las cuales se puede ser declarado responsable fiscalmente en la inobservancia del acceso a la información pública y el principio de planeación en la contratación estatal son:

- La omisión del principio de publicidad contenida en el decreto 1082, materializado a través de la publicación de los documentos en el SECOP.
- La apertura de convocatorias públicas y posterior celebración del contrato sin contar con la disponibilidad presupuestal.
- Fraccionamiento del contrato, que es la realización de varias convocatorias públicas en una misma vigencia fiscal a efectos de escapar de la licitación pública, como si se realizaran varios procesos por mínima cuantía o por selección abreviada.
- No contar con el presupuesto suficiente para la terminación de una obra.
- Ausencia de estudios previos serios, que garanticen una adecuada estimación de todos los ítems necesarios para la suscripción del contrato.

De esta manera culminamos la presente monografía, recordando que los últimos párrafos de esta corresponden a una labor adicional a la comprometida en la propuesta de investigación, tendientes a esclarecer un poco más la conclusión del trabajo.

CONCLUSIONES

1. De la investigación adelantada, particularmente de las apreciaciones hechas en el tercer capítulo se puede concluir que actualmente, los principios de participación, democracia y transparencia característicos del derecho fundamental de acceso a la información público se ven materializados en la etapa de planeación de la gestión contractual del Estado, en gran medida través de la publicación de los documentos precontractuales en el Sistema Electrónico SECOP y la página web de la entidad contratante, sumado a las socializaciones, mesas de trabajo y participación de la ciudadanía requeridas para la formulación de Plan de Desarrollo, el Presupuesto y a la ejecución de ciertos proyectos de inversión. Esto se puede sintetizar en el siguiente cuadro:

Fase de la Planeación	Método para garantizar el Acceso a la Información Pública	Obligatoriedad
Programa de Gobierno o Acuerdo de Gestión	1. Mesas de trabajo y socialización.	No
	2. Inscripción en la Registraduría Nacional del Estado Civil o en el Ente del que se descentralizó la entidad.	Sí
	3. Publicación en página web del aspirante.	No
Presupuesto	1. Participación de la ciudadanía en la formulación del proyecto.	No
	2. Debates en la corporación pública.	Sí
	3. Publicación en Página Web de la entidad	Sí
Plan de Desarrollo o Plan de Acción	1. Formación con diferentes sectores. Mesas de trabajo y socialización.	Sí
	2. Debates en la corporación pública.	Sí
	3. Publicación en la Página Web de la entidad.	Sí
Banco de Programas y Proyectos	1. Publicación en la Página Web de la entidad.	Sí
Plan Anual de Adquisiciones	1. Publicación en la Página Web de la entidad.	Sí
	1. Publicación en el SECOP.	Sí
Estudios Previos	1. Publicación en el SECOP.	Sí
	2. Estudio de viabilidad y socialización para obras públicas.	Sí
Aviso de Convocatoria	1. Publicación en la Página Web de la entidad.	Sí
	2. Publicación en el SECOP.	Sí
Proyecto de Pliego de Condiciones y Observaciones	1. Publicación en el SECOP.	Sí
	2. Publicación en el SECOP de la respuesta a las observaciones.	Sí
Apertura	1. Publicación en el SECOP.	Sí

2. No obstante lo anterior, arribamos a que los mecanismos contemplados en la norma no son suficientes para garantizar el derecho fundamental de acceso a la información pública en la etapa de planeación de la gestión contractual del Estado, pues de ser así los índices de corrupción serían menores, por lo que creemos es importante que el Gobierno Nacional y la Agencia Colombia Compra Eficiente, de la mano con la Comisión Primera de la Cámara y el Senado de la República, creen una comisión en aras de dar verdadera aplicación a la Ley 1712 en todo lo atinente a la contratación pública.
3. El derecho de petición como prerrogativa constitucional y mecanismo para garantizar el acceso a la información pública en abstracto, no es idóneo, ni eficaz para velar por el acceso a los documentos emanados de la administración en la etapa de planeación de la gestión contractual, pues sus amplios tiempos de respuesta avalan la vulneración al derecho fundamental objeto de esta tesis.
4. La segunda versión del Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP II mejorará el panorama respecto de la aplicación del acceso a la información pública en todas las etapas de la gestión contractual del Estado, pero especialmente en la de planeación, toda vez que acompaña los principios de transparencia y publicidad, pilares de la Ley de Transparencia.
5. Con las herramientas contempladas en el SECOP II las entidades públicas ya no requerirán de tantos abogados, profesionales financieros y demás personal profesional o de apoyo a la gestión que intervengan en estos procedimientos, y necesiten en su lugar, personal que alimente la plataforma electrónica. Por tal razón, las secciones u oficinas de contratación de las diferentes entidades tenderán a desaparecer. Además, con su implementación e incluso desde ahora, la Agencia Colombia Compra Eficiente requerirá de una desconcentración orgánica en las principales ciudades del país.
6. Los primeros documentos que deberían ser publicados en el SECOP I, y con su entrada en vigencia en el SECOP II el mismo día de su producción, son aquellos que traten de

apropiaciones presupuestales para satisfacer una necesidad, puesto que hacen parte de las primeras evidencias materiales de las necesidades manifiestas en la administración.

7. Con una verdadera aplicación de la Ley 1712 de 2014 en los trámites contractuales, se recuperaría la confianza en las entidades del Estado, fortaleciendo la institucionalidad, dado que los ciudadanos podrán conocer en tiempo real la gestión que estas están actuando, o lo que es lo mismo, la forma en que van adelantando sus contrataciones.
8. Finalmente, hablando de mecanismos coercitivos aplicables por el incumplimiento de los deberes contemplados respecto del derecho de acceso a la información pública en la planeación de la contratación pública, hace falta ahondar en la dogmática jurídica y el análisis económico de la misma, a efectos de ponderar las sanciones, condenas y formas de resarcir los daños causados, con objeto de conocer la relación de costo-beneficio y así fortalecer los sistemas de responsabilidad existentes, ya que no han sido lo suficientemente eficaces.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Beltrán, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Benavides, J. L. (2014) *Contratos públicos: estudios*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Benavidez, J. L. & Santofimio, O. (2009) *Universidad La liquidación del contrato estatal, Contratación Estatal Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bolívar, J. E. & García, G. (2014) *Fundamentos de la Gestión Pública hacia un Estado eficiente* Bogotá, Colombia: Ediciones EAN.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. En: Gaceta Constitucional No. 116. Bogotá: Imprenta Nacional, 1991.
- Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1150 DE 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” En: Diario Oficial No. 46.691. Bogotá: Imprenta Nacional, 2007.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1437 DE 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” En: Diario Oficial No. 47.956. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1444 DE 2011. “Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública y la planta de personal de la fiscalía general de la Nación y se dictan otras disposiciones” En: Diario Oficial No. 48.059. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1474 DE 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” En: Diario Oficial No. 48.128. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 152 DE 1994. “Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo” En: Diario Oficial No. 41.450. Bogotá: Imprenta Nacional, 1994.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 16 DE 1972. “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969” En: Diario Oficial No. 33.780. Bogotá: Imprenta Nacional, 1973.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1712 DE 2014. “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones” En: Diario Oficial No. 49.084. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 1755 DE 2015. “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” En: Diario Oficial No. 49.559. Bogotá: Imprenta Nacional, 2015.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 19 DE 1958. “Sobre reforma administrativa” En: Diario Oficial. Bogotá: Imprenta Nacional, 1958.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 4 DE 1913. “Sobre el régimen político y municipal” En: Diario Oficial. Bogotá: Imprenta Nacional, 1913.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 489 DE 1998. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” En: Diario Oficial No. 43.464. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 57 DE 1887. “Adopción de códigos y ubicación de la legislación nacional” En: Diario Oficial No. 7.019. Bogotá: Imprenta Nacional, 1887.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 57 DE 1985. “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales” En: Diario Oficial. Bogotá: Imprenta Nacional, 1985.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 599 DE 2000. “Por la cual se expide el Código Penal” En: Diario Oficial No. 44.097. Bogotá: Imprenta Nacional, 2000.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 734 DE 2002. “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” En: Diario Oficial No. 44.699. Bogotá: Imprenta Nacional, 2002.

Colombia. Congreso de la Republica. LEY 80 DE 1993. “Por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” En: Diario Oficial No. 41.094. Bogotá: Imprenta Nacional, 1993.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa. (Expediente Número 24715). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de julio de 2001. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Expediente Número 12037). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. (Expediente Número 13416). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Subsección A de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 31 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón. (Expediente Número 16246). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Subsección C de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (Expediente Número 22464). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Subsección C de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (Expediente Número 24.809). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Consejo de Estado. Subsección C de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 31 de enero de 2011. Magistrado Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. (Expediente Número 17767). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1. Sentencia del 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. (Sentencia Número T-605). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1. Sentencia del 14 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. (Sentencia Número T-473). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1. Sentencia del 28 de octubre de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. (Sentencia Número T-1102). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1. Sentencia del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: José Manuel Rodríguez R. (Sentencia Número T-406). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 1. Sentencia del 29 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. (Sentencia Número T-1258). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia del 12 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente: Odín Sánchez Montes de Oca. (Sentencia Número T-621). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número T-1025). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia del 16 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número T-464). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia del 12 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número T-493). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 4. Sentencia del 20 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. (Sentencia Número T-527). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia del 9 de septiembre de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia Número T-881). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 6. Sentencia del 3 de abril de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número T-377). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 6. Sentencia del 13 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. (Sentencia Número T-618). Copia

tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 6. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. (Sentencia Número T-885). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 7. Sentencia del 12 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T-534). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 7. Sentencia del 13 de octubre de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T-1029). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 8. Sentencia del 18 de febrero de 1997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. (Sentencia Número T-074). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 8. Sentencia del 26 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número T-295). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 8. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T- 451). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 10 de febrero de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número C-046). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. (Sentencia Número C-540 de 2012). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 12 de noviembre de 1992. Magistrado Ponente: Luis Eduardo Mariño Ochoa. (Sentencia Número C-587). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 13 de junio de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia Número C-616). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (Sentencia Número T-206). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. (Sentencia Número C-524). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 16 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-800). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número SU-747). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 23 de agosto de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Sentencia Número C-643). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 23 de enero de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. (Sentencia Número C-021). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 25 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Sentencia Número C-300). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. (Sentencia Número C-319). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 3 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número C-089). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 30 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (Sentencia Número C-566). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 5 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. (Sentencia Número C-949). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 7 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. (Sentencia Número C-585). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. (Sentencia Número C-713). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. (Sentencia Número C-830). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 9 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. (Sentencia Número C-711). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia del 9 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. (Sentencia Número C-274). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Aníbal Gómez. (Radicado Número 12658). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinoza Pérez. (Radicado Número 26857). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 001 DE 1984. “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo” En: Diario Oficial No. 36.439. Bogotá: Imprenta Nacional, 1984.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 1082 DE 2015. “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional” En: Diario Oficial No. 49.741. Bogotá: Imprenta Nacional, 2015.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 111 DE 1996. “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto” En: Diario Oficial No. 42.692. Bogotá: Imprenta Nacional, 1996.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 1400 DE 1970. “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil” En: Diario Oficial No. 33.150. Bogotá: Imprenta Nacional, 1970.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO LEY 2663 DE 1950. “Sobre Código Sustantivo del Trabajo” En: Diario Oficial No. 27.407. Bogotá: Imprenta Nacional, 1970.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 2733 DE 1959. “Por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos” En: Diario Oficial. Bogotá: Imprenta Nacional, 1959.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO 410 DE 1971. “Por el cual se expide el Código de Comercio” En: Diario Oficial No. 33.339. Bogotá: Imprenta Nacional, 1971.

Colombia. Gobierno Nacional. DECRETO-LEY 4170 DE 2011. “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura” En: Diario Oficial No. 48.242. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Colombia. Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo de segunda instancia del 15 de noviembre de 2012. Procuradora Delegada Ponente: María Eugenia Carreño

- Gómez. (Radicado Número 161 – 5393 (IUC 062 – 3184 – 2009)). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].
- Colombia. Tribunal Administrativo de Nariño. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja. (Radicado Número 52-001-23-33-000-2014-00317-00). Copia tomada directamente de la Corporación. [Tomada de Colección de Jurisprudencia-Relatoría].
- Cuervo J., Gorvanef I. & Malagón C. (2004). *Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública. Grupo de Comunicaciones y Relaciones Públicas*. Bogotá, Colombia: D.N.P.
- Donadio, A. (2012). *La llave de la transparencia*. Bogotá, Colombia: Sílabas de tinta.
- Fandiño, J. E. (2014). *La contratación estatal*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- García, M. (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, España: Alianza Universitaria.
- Gil, R. R. (1999). *Teoría General de los contratos de la administración*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Gómez, I. (2014). *Manual de acceso a la información*. Bogotá, Colombia: FLIP.
- Gómez, I. D. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia, aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Gómez, I. D. (2015). *El derecho de la contratación pública en Colombia, análisis y comentarios a los reglamentos – nuevo decreto 1082/15*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.

- González, E. (2010). *Pliogo de condiciones en la contratación estatal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez, O. (2010). *La contratación administrativa*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ibagón, M. L. (2014). *El principio de Estado de Derecho y los Contratos Estatales, la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ibáñez, J. E. (2007). *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Lamprea, P. (2007). *Contratos Estatales, Pedro A. Lamprea Rodríguez*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Heilbroner, R. (1985). *Vida y doctrina de los grandes economistas*. Barcelona, España: ES. Orbis.
- Matallana, E. (2009). *Licitación Pública, Contratación Estatal Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Mejía, Á. (2014). *Nuevo sistema de compras y contratos de la administración pública: comentarios al decreto 1510 de 2013, manuales y guías de Colombia compra eficiente*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Pachón, C. (2014). *Contratación pública: análisis normativo, descripción del procedimiento, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia compra eficiente*. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.

Página Web. Alianza más información Más derechos. Comunicados.
<http://masinformacionmasderechos.co/prensa>

Página Web. Banco de la República Biblioteca Virtual.
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/indice>

Página Web. Cámara de Comercio de Medellín.
<http://www.camaramedellin.com.co/site/Servicios-Registrales/Registro-Unico-de-Proponentes.aspx>

Página Web. Colombia Compra Eficiente.
<http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/manualpaa.pdf>

Página Web. Departamento Nacional de Planeación.
<https://www.dnp.gov.co/DNP/Paginas/acerca-de-la-entidad.aspx>

Página Web. Transparencia Internacional. <http://www.transparency.org/country/#COL>

Página Web. Transparencia Internacional.
https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2015_corruptionperceptionsindex_rep?e=2496456/33011041

Palacio, J. Á. (2014). *La Contratación de las Entidades Estatales*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Pérez, J. (2010). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia: LEYER.

Ramos, J. & Ramas, A. (2014). *Contratación estatal: teoría general y especial*. Bogotá, Colombia: Uniediciones.

- Restrepo, J. C. (2014). *Derecho presupuestal colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Legis S.A.
- Rico, L. A. (2013). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá, Colombia: LEYER.
- Rodríguez, M. F. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Medellín, Colombia: Librería jurídica Sánchez R. LTDA.
- Rodríguez, G. H. (1994). *Nuevos contratos Estatales*. Bogotá, Colombia: Editorial Wilches.
- Rosero, B. C. (2014). *Contratación Estatal, Manual Teórico-Práctico*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Safar, M. S. (2009). *Análisis económico de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado en el Derecho Colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Valencia, A. (1995). *Derecho Civil, Tomo III, De las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Vila, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Villar, L. (2007). *Estado de Derecho y Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Revista Derecho del Estado No. 20 Diciembre.

ANEXOS**ANEXO No. 1****INFORME No. 1**

FECHA: 21 de agosto de 2015.

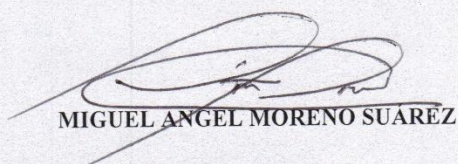
ASUNTO: Presentación del capítulo uno del trabajo de grado.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

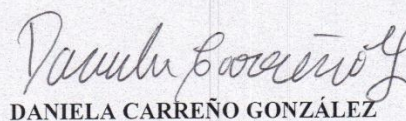
1. Es necesario profundizar más en el origen del derecho de acceso a la información pública, especialmente en las disposiciones anteriores a la Constitución de 1991.
2. Hace falta especificar las diferencias claves entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, especialmente frente a la fuerte carga de principios presentes en el segundo.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

ANEXO No. 2**INFORME No. 2**

FECHA: 16 de septiembre de 2015.

ASUNTO: Correcciones hechas al capítulo primero y avance en el capítulo segundo.

OBSERVACIONES DEL DIRECTOR:


1. Se cumplieron las recomendaciones realizadas respecto del capítulo primero.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

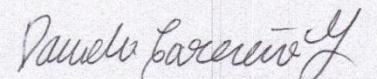
1. Profundizar en el concepto de función pública.
2. Definir qué es la contratación pública.
3. Profundizar en el principio de buena fe en la contratación pública.
4. Toda vez que ya se ha definido la etapa de planeación se recomienda proceder con la realización del tercer capítulo, paralelo a la culminación del segundo.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ÁNGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

ANEXO No. 3**INFORME**

FECHA: 18 de octubre de 2015.

ASUNTO: Entrega de correcciones y segundo avance del capítulo segundo. Avances del tercer capítulo.

OBSERVACIONES DEL DIRECTOR:

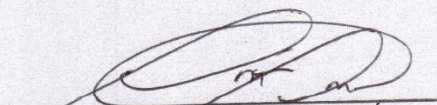
1. Se cumplieron las recomendaciones realizadas.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

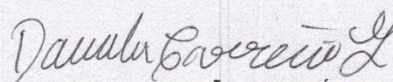
1. En el segundo capítulo hace falta hacer alusión al perfeccionamiento del contrato estatal y los requisitos para iniciar su ejecución (aprobación de garantías y apropiación de presupuesto).
2. En el tercer capítulo vale la pena realizar una revisión normativa en la Ley 1437 y 1755 a fin de definir los deberes de las autoridades respecto de la publicidad de los documentos.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ÁNGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

ANEXO No. 4**INFORME No. 4**

FECHA: 13 de noviembre de 2015.

ASUNTO: Entrega de correcciones y culminación del segundo y tercer capítulo.

OBSERVACIONES DEL DIRECTOR:

1. Se cumplieron los requerimientos hechos.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

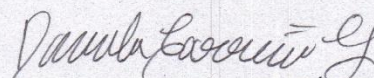
1. Revisar y definir si la herramienta "Sí virtual" de Gobierno en Línea es aplicable al tercer capítulo para vincularla.
2. Verificar los deberes relacionados con la publicidad en la Ley 734, para evidenciar la imposición de sanciones disciplinarias por faltas ante el incumplimiento del deber funcional.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

ANEXO No. 5**INFORME No. 5**

FECHA: 22 de febrero de 2016.


ASUNTO: Entrega final de todos los capítulos y conclusiones para su verificación, junto con los elementos metodológicos como introducción, resumen, abstract, resúme, justificación, objetivos, diseño metodológico y antecedentes.

OBSERVACIONES DEL DIRECTOR:


1. Se verificaron las recomendaciones hechas.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

1. Aclarar la conclusión referente a SECOP II. De ser necesario formularla en varias conclusiones y no una sola.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ

ANEXO No. 6**INFORME No. 6**

FECHA: 23 de febrero de 2016.


ASUNTO: Entrega final con corrección a conclusiones.

OBSERVACIONES DEL DIRECTOR:

1. Se verificó la separación de las conclusiones relativas al SECOP II.

RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR:

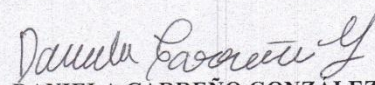
1. No hay lugar a recomendaciones, procede la entrega del informe final para revisión de los jurados y sustentación.



MARIO BARRAGÁN PACHÓN
Director del Trabajo de Grado



MIGUEL ANGEL MORENO SUÁREZ



DANIELA CARREÑO GONZÁLEZ