

**SITIO WEB PARA EL APRENDIZAJE DE LOS PRINCIPIOS, CONCEPTOS Y
PROCEDIMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL –
UN ENFOQUE PARA INGENIERÍA -**

**JAVIER RAMIRO TOLOZA PAEZ
LUIS EDUARDO ZAPATA ORDUZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE INGENIERIAS FÍSICO-MECÁNICAS
ESCUELA DE INGENIERÍA DE SISTEMAS E INFORMÁTICA
ESCUELA DE INGENIERÍA CIVIL
BUCARAMANGA**

2005

SITIO WEB PARA EL APRENDIZAJE DE LOS PRINCIPIOS, CONCEPTOS Y
PROCEDIMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
– UN ENFOQUE PARA INGENIERÍA –

JAVIER RAMIRO TOLOZA PAEZ

Ingeniero de Sistemas

LUIS EDUARDO ZAPATA ORDUZ

Ingeniero Civil

Trabajo de grado presentado como requisito parcial
para optar los títulos de Ingeniero de Sistemas e Ingeniero Civil

Director

HERNAN PORRAS DIAZ

Ingeniero Civil, Ph.D

Codirectores

JOSE CARCAMO SEPÚLVEDA

Ingeniero de Sistemas e Informática

WILMA CECILIA DUARTE BOADA

Abogada

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE INGENIERIAS FÍSICO-MECÁNICAS
ESCUELA DE INGENIERÍA DE SISTEMAS E INFORMÁTICA
ESCUELA DE INGENIERÍA CIVIL
BUCARAMANGA

2005

DEDICATORIA

A mis padres Eduardo y Flor Elva, quienes con su esfuerzo y apoyo, me han ayudado a llegar a una cima que no es la última, porque tengo que emprender más dificultosas ascensiones incluso de manera solitaria.

A Nelly, por darme la luz de la esperanza en los momentos más difíciles evitando así que mi mano perdiera del todo la fe en algo firme.

A Hernán Porras más que un profesor es un amigo y más que un amigo es un guía que me ayudó a conducirme por los senderos de la razón.

Luis Eduardo Zapata Ordóñez

DEDICATORIA

A mis padres y amigos Ramiro y Myrian, quienes siempre creyeron en mí, y con intenso sacrificio hicieron de este pequeño sueño una realidad.

A Paola, por acompañarme pacientemente a recorrer este empinado pero gratificante camino del conocimiento, por no dejarme desfallecer ante las dificultades.

A Hernán Perras por enseñarme que la vida apenas comienza.

Javier Ramiro Tolosa Pérez

AGRADECIMIENTOS

Al Ingeniero Hernán Porras Díaz por la dirección y orientación general en el proyecto, y por sus consejos que trascienden el aspecto académico.

Al ingeniero José Carcamo Sepúlveda por compartir sus conocimientos en pro del desarrollo de éste proyecto.

A la Doctora Wilma Cecilia Duarte Boada por la dirección y orientación en el contenido jurídico del proyecto.

Al Ingeniero Germán García Vera por ayudar a que esto fuera posible.

A la Escuela de Ingeniería de Sistemas e informática.

A la Escuela de Ingeniería Civil.

A la Universidad Industrial de Santander.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
1. FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	5
1.1 OBJETIVO GENERAL.....	5
1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	6
1.3 JUSTIFICACIÓN	7
1.4 IMPACTO	9
1.5 VIABILIDAD	10
1.6 METODOLOGÍA	10
2. MARCO TEÓRICO	12
2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA GENERAL	12
2.1.1 DEFINICIÓN DEL WORLD WIDE WEB.	12
2.1.2 INTRANET	13
2.1.2.1 CARACTERÍSTICAS	14
2.1.2.2 VENTAJAS DE LA INTRANET	14
2.1.2.3 DESVENTAJAS DE LA INTRANET	15
2.1.3 CONCEPTOS SOBRE BASE DE DATOS	15
2.1.3.1 COMPONENTES DE UNA BASE DE DATOS	16
2.1.3.2 VENTAJAS DE LAS BASES DE DATOS	17
2.1.3.3 MODELO ENTIDAD-RELACIÓN	18
2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA ESPECÍFICA	19
2.2.1 SISTEMA OPERATIVO	19
2.2.2 SERVIDOR WEB	19
2.2.2.1 APACHE WEB SERVER	20
2.2.3 PÁGINAS WEB ESTÁTICAS	20
2.2.3.1 HTML (HYPERTEXT MARKUP LANGUAGE).....	20
2.2.4 PÁGINAS WEB DINÁMICAS EN EL CLIENTE	21
2.2.5 PÁGINAS WEB DINÁMICAS EN EL SERVIDOR	22
2.2.5.1 PHP (HIPERTEXT PREPROCESOR)	23
2.2.6 MYSQL DATABASE SERVER	24
2.2.7 EDITOR VISUAL DE PÁGINAS WEB	25
2.2.7.1 MACROMEDIA DREAMWEAVER	25
2.2.8 EDITOR DE GRÁFICOS PARA PÁGINAS WEB	26
2.2.8.1 MACROMEDIA FIREWORKS	26
3. MARCO METODOLÓGICO	27
3.1 CICLOS DE VIDA DE DESARROLLO DE SOFTWARE	28
3.1.1 MODELO DE CONSTRUCCIÓN DE PROTOTIPOS	28
3.1.2 MODELO INCREMENTAL	29
3.1.3 EL MODELO EN ESPIRAL	29
3.1.4 PROCESO UNIFICADO	30

3.2	SELECCIÓN DEL MODELO DE DESARROLLO	31
4.	ANÁLISIS	35
4.1	IDENTIFICACIÓN Y SELECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	35
4.2	RECOPIACIÓN DE LA INFORMACIÓN	36
4.3	PREPARACIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	36
4.4	FACTORES Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN	37
4.5	EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DE LA INFORMACIÓN	39
4.6	ALCANCES DEL PROYECTO	40
4.7	ANÁLISIS DEL SISTEMA A DESARROLLAR	41
4.7.1	REQUISITOS DEL SISTEMA	41
4.8	PRESUPUESTO	42
5.	DISEÑO	44
5.1	DISEÑO DE LA INTERFAZ	44
5.1.1	PAGINA PRINCIPAL	45
5.1.2	CONTENIDO DE CAPÍTULOS	46
5.1.3	REGISTRO.....	47
5.1.4	CUENTA	47
5.1.5	DESCARGAS	51
5.1.6	ADMINISTRADOR	52
5.2	DISEÑO DE LA BASE DE DATOS	52
6.	IMPLEMENTACIÓN	55
6.1	ESTRUCTURA DEL SITIO	55
6.1.1	MAPA DEL SITIO	56
6.2	SECCIONES	56
6.2.1	SECCIÓN CONTENIDO DE CAPÍTULOS	56
6.2.2	SECCIÓN CUENTA	58
6.2.2.1	SECCIÓN ESTADO	61
6.2.3	SECCIÓN REGISTRO	62
6.2.4	SECCIÓN DE DESCARGAS	63
6.2.5	SECCIÓN DE ADMINISTRADOR	64

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1. FLUJO DE INFORMACIÓN DE UNA INTRANET.....	13
FIGURA 2. RELACIÓN ENTRE UNA APLICACIÓN DE BASE DE DATOS Y UN DBMS .	17
FIGURA 3. EJECUCIÓN DE UN PROGRAMA PHP	23
FIGURA 4. MODELO DE CONSTRUCCIÓN DE PROTOTIPOS.	28
FIGURA 5. MODELO INCREMENTAL.....	29
FIGURA 6. MODELO EN ESPIRAL.....	30
FIGURA 7. MODELO DE CICLO DE VIDA CLÁSICO.....	31
FIGURA 8. PROTOTIPO DE LA INTERFAZ DE LA HERRAMIENTA.....	45
FIGURA 9. PROTOTIPO PÁGINA DE CONTENIDOS DE CAPÍTULOS	46
FIGURA 10. PROTOTIPO PÁGINA DE REGISTRO	47
FIGURA 11. PROTOTIPO PÁGINA DE CUENTA – INICIO DE SESIÓN.	48
FIGURA 12. PROTOTIPO PAGINA DE CAPÍTULOS	49
FIGURA 13. PROTOTIPO PÁGINA DE EXAMEN	50
FIGURA 14. PROTOTIPO PÁGINA DE DESCARGAS	51
FIGURA 15. PÁGINA PRINCIPAL	55
FIGURA 16. MAPA DEL SITIO..	56
FIGURA 17. CONTENIDO CAPÍTULO 1	57
FIGURA 18. INICIAR SESIÓN	58
FIGURA 19. CAPÍTULO 2	59
FIGURA 20. VÍNCULO DE EXAMEN	59
FIGURA 21. EXAMEN SEGUNDO CAPITULO.	60
FIGURA 22. SOBREPASO DE INTENTOS	60
FIGURA 23. ESTADO DE CUENTA	61
FIGURA 24. REGISTRO DE CUENTA.	62
FIGURA 25. REGISTRO DE CUENTA COMPLETADO.	63
FIGURA 26. SECCIÓN DE DESCARGAS.	63
FIGURA 27. INICIO DE SESIÓN DEL ADMINISTRADOR	64
FIGURA 28. SECCIÓN DE ADMINISTRADOR.	64
FIGURA 29. NUEVO REGISTRO DE USUARIO.	65
FIGURA 30. NUEVO REGISTRO DE PREGUNTAS.	65
FIGURA 31. NUEVO REGISTRO DE ADMINISTRADOR.	66
FIGURA 32. CONSULTA DE USUARIOS.	67
FIGURA 33. CONSULTA DE PREGUNTAS.	67
FIGURA 34. CONSULTA DE ADMINISTRADORES.	68

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A. CONTENIDO TEMATICO	69
-----------------------------------	----

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. PRESUPUESTO ESTIMADO	43
Tabla 2. TABLA ADM	52
Tabla 3. TABLA PREGUNTAS	53
Tabla 4. TABLA USUARIOS	53

RESÚMEN

TITULO

SITIO WEB PARA EL APRENDIZAJE DE LOS PRINCIPIOS, CONCEPTOS Y PROCEDIMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL – UN ENFOQUE PARA INGENIERÍA. – •

AUTORES

JAVIER RAMIRO TOLOZA PAEZ.**

LUIS EDUARDO ZAPATA ORDUZ.***

PALABRAS CLAVES

Principios, normas, leyes, administración pública, licitación, acto administrativo, responsabilidad, ética, Internet, evaluación.

CONTENIDO

Los programas curriculares de los estudiantes de ingeniería de la Universidad Industrial de Santander se encuentran actualmente completos en aspectos técnicos del ciclo básico y profesional, dada la rigurosa formación en los campos de las ciencias básicas de la ingeniería. El resultado de este proceso es un profesional solidamente formado con excelente nivel técnico y competitivo.

No obstante, este proceso de formación presenta vacíos en el área de Contratación y Legislación, contando dentro de las posibles causas, el poco interés que el estudiante presenta respecto a la materia, y en segundo lugar, la poca oferta que muestran las facultades de ingeniería en sus planes de estudio sobre la temática.

Ante el vacío y dado que uno de los propósitos fundamentales de la Universidad es la formación ética de la responsabilidad pública y social en sus egresados, el presente proyecto está basado en el trabajo interdisciplinario de dos áreas del saber, como son la ingeniería Civil y la Ingeniería de Sistemas, orientado al desarrollo de un sitio Web, que permite al estudiante de ingeniería el aprendizaje interactivo de conocimientos básicos de la Contratación Estatal, esto es, estructura de la Administración Pública, el Estatuto de Contratación Estatal, responsabilidades derivadas de la contratación estatal, acciones contractuales a interponer, delitos contra la Administración y los lineamientos éticos que rigen el ejercicio profesional de la ingeniería.

El proyecto se estructura en cuatro partes fundamentales, así: Fundamentación del proyecto, Contenido temático, Desarrollo Web y Conclusiones y recomendaciones. Metodológicamente, el desarrollo del tema es por medio del Prototipado Evolutivo, es decir, en el desarrollo del Contenido Temático, al finalizar cada uno de los compendios el estudiante aplicará su propio proceso de autoevaluación mediante un test que encontrará al finalizar cada capítulo, evaluaciones que deben ser aprobadas para ir avanzando en el proceso de aprendizaje.

• Proyecto de Grado, Modalidad Investigación.

** Facultad de Ingenierías Físico-mecánicas, Escuela de Ingeniería de Sistemas e Informática, Hernán Porras Díaz.

*** Facultad de Ingenierías Físico-mecánicas, Escuela de Ingeniería Civil, Hernán Porras Díaz.

ABSTRACT

WEB SITE FOR THE LEARNING OF THE PRINCIPLES, CONCEPTS AND FUNDAMENTAL PROCEDURES OF THE STATE RECRUITING - A FOCUS FOR ENGINEERING. -.*

AUTHORS

JAVIER RAMIRO TOLOZA PAEZ.**

LUIS EDUARDO ZAPATA ORDUZ.***

KEY WORDS

Principles, norms, laws, public administration, bid, administrative act, responsibility, ethics, Internet, evaluation.

CONTENT

The curricular programs of the students of engineering of the Universidad Industrial de Santander are at the moment complete in technical aspects of the basic and professional cycle, given the rigorous formation in the fields of the basic sciences of the engineering. The result of this process is compactly a professional formed with excellent technical and competitive level.

Nevertheless, this formation process presents holes in the area of Recruiting and Legislation, counting inside the possible causes, the little interest that the student presents regarding the matter, and in second place, the little offer that they show the engineering abilities in her study plans on the thematic one.

Before the hole and since one of the fundamental purposes of the University is the ethical formation of the public and social responsibility in their left, the present project is based on the interdisciplinary work of two areas of the knowledge, like they are the Civil engineering and the Engineering of Systems, guided to the development of a place Web that allows the engineering student the interactive learning of basic knowledge of the State Recruiting, this is, it structures of the Public Administration, the Statute of State Recruiting, derived responsibilities of the state recruiting, work contractual to interpose, crimes against the Administration and the ethical limits that govern the professional exercise of the engineering.

The project is structured in four fundamental parts, this way: Foundation of the project, thematic Content, I Develop Web and Conclusions and recommendations. By methodology, the development of the topic is by means of the Evolutionary Prototype, that is to say, in the development of the Thematic Content, when concluding each one of the summaries the student it will apply its own evaluation process by means of a test that will find when concluding each chapter, evaluations that should be approved to go advancing in the learning process.

* Degree Project, Investigation Modality.

** Physical – Mechanics Sciences Faculty, School of Engineering of Systems and Computer Science, Hernán Porras Díaz.

*** Physical – Mechanics Sciences Faculty, School of Civil Engineering, Hernán Porras Díaz.

INTRODUCCION

Las actuales incidencias económicas, sociales, políticas, tecnológicas y científicas están llevando a cambios vertiginosos en la estructuración, conformación y modernización permanente del Estado, lo cual tiene gran importancia tanto para el desarrollo del Estado mismo como el de la sociedad en general, avances que obligan ser conocidos por todo ciudadano en general y particularmente por los actuales ingenieros y profesionales en formación.

En la Universidad Industrial de Santander actualmente los estudiantes, específicamente en el área de Ingenierías, toman tan solo una o dos asignaturas conducentes a conocer la estructura y funcionamiento del Estado así como la normativa legal, contenidos que son ofrecidos de manera opcional en algunas ingenierías, esto es debido posiblemente al desinterés que muestran los estudiantes por el tema, al considerarlo poco relevante para su futuro ejercicio profesional y por otro lado, a la escasa oferta sobre este importante tema que hacen las facultades de ingeniería en sus planes de estudio.

El desinterés mostrado por el estudiante está motivado de alguna manera por las dificultades para comprender conceptos básicos del área debido al lenguaje empleado en todo lo concerniente a las leyes. Este distanciamiento acerca del conocimiento del Estado y su funcionamiento, en la vida profesional le lleva a actuar en forma negligente o con impericia, bien sea, por su propia ignorancia o por asesoramiento indebido de un tercero, actuaciones irregulares o ilícitas que pueden ser sancionadas tanto en el ámbito ético como en el jurídico, esto es, responsabilidad civil (patrimonial) y penal (privación de la libertad); ocasionándole serios problemas jurídicos y económicos en su vida personal y ejercicio profesional.

En el anterior sentido, la Universidad Industrial de Santander en su Misión, conceptúa que la institución “*es una organización que tiene como propósito la formación de personas de alta calidad ética, política y profesional (...)*” a renglón seguido dice “*orientan su misión los principios democráticos, la reflexión crítica, el ejercicio libre de cátedra, el trabajo interdisciplinario y la relación en el mundo externo.*”¹

Ante el vacío presentado en la formación de los actuales ingenieros y el propósito de la Universidad de estimular la formación ética de la responsabilidad pública y social, el presente proyecto de grado basado en el trabajo interdisciplinario de dos áreas del saber como son la ingeniería Civil y la Ingeniería de Sistemas e Informática se desarrolla un sitio Web, que permite al estudiante de ingeniería el aprendizaje de los conceptos relacionados

¹ UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER. Escuela de Ingeniería Civil. Catálogo de Pregrado. Bucaramanga, 2000, p. 2.

con la estructura de la Administración Pública, el Acto Administrativo, el Estatuto General de Contratación Estatal, la Teoría General de los Contratos con el Estado, las responsabilidades derivadas de la Contratación Estatal, las acciones contractuales a interponer en los tribunales Contencioso-administrativos, los delitos contra la Administración Pública y finalmente los lineamientos éticos que rigen el ejercicio profesional de la ingeniería.

Metodológicamente, el desarrollo del tema es abordado desde el modelo del Prototipado Evolutivo, es decir, los anteriores contenidos son estudiados de manera secuencial, en donde el aprendizaje significativo de unos conocimientos son indispensables para la comprensión de otros, al finalizar cada uno de los temas el estudiante aplicará su propio proceso de autoevaluación mediante un test que encontrará al concluir cada capítulo, evaluaciones que deben ser aprobadas en un cierto porcentaje límite para que el programa le permita ir avanzando en el proceso de aprendizaje.

El proyecto no pretende sustituir la documentación oficial del tema como son: la jurisprudencia, doctrina y normativa legal vigente, ni ningún otro repertorio escrito, por el contrario, lo que se busca es proporcionar un aprendizaje significativo de manera interactiva, en forma ágil y amena, capacitando a los ingenieros tanto en el campo técnico de su profesión, como en las nuevas políticas de estructuración, conformación y modernización del Estado.

Esta formación integral se espera, amplíe las competencias de los futuros egresados de las escuelas de ingeniería, brindándole a la sociedad profesionales con liderazgo y capacidad competitiva y eficaz en la búsqueda de solución a los problemas de orden tecnológico, científico y sobre todo social que la comunidad demande, mejorando de esta manera su calidad de vida.

El proyecto para su desarrollo está estructurado en cuatro partes fundamentales, a saber:

La primera parte hace referencia a la fundamentación del proyecto, donde se expone más ampliamente el problema objeto de la presente investigación, el por qué es importante su realización, los objetivos y alcances del mismo así como el proceso metodológico seguido para ello.

En la segunda parte se dará desarrollo al contenido temático propiamente dicho del proyecto, el cual, como se anotó anteriormente, está integrado por cuatro capítulos fundamentales, así:

- El capítulo primero hace referencia a la presentación de los conceptos y principios constitucionales que rigen la estructura del Estado, los principales lineamientos de este último, sobre todo, conociendo más de cerca las innovaciones que trajo consigo

la Carta Política de 1991, sus preceptos y las disposiciones que deben acatar las entidades estatales y la comunidad en general.

- En el capítulo segundo se estudia el Estatuto General de Contratación Pública y el acto administrativo. Aunque de este último, exista una vasta literatura, el proyecto solo se limita a conceptualizar qué es, cómo se forman y para qué sirven los actos administrativos en el ordenamiento jurídico y su importancia en el estudio de la contratación estatal. Así mismo, este capítulo expone de manera sencilla los numerosos requisitos que se deben cumplir para que los actos produzcan los efectos asignados por la Ley. Esto, con el fin de que el ingeniero comprenda qué es por medio de un acto administrativo como se vincula y adquiere responsabilidades como por ejemplo, en la construcción de una obra pública, empero debe saber que es también por medio de un acto como se desvincula jurídicamente de la relación que ha adquirido.
- En el capítulo tercero y luego del recorrido por la Administración Pública, el Acto Administrativo y el Estatuto de Contratación Pública, se aborda el tema central de la presente investigación: los Contratos Estatales. De este tema, se revisa la conceptualización jurídico-teórica básica para llegar a comprender el contenido y alcance de la contratación con el Estado. En este sentido, se abordan los principios rectores de la Contratación Estatal, las clases de Contratos Estatales, las cláusulas especiales de la Contratación Pública, entre otros. También se estudian las diferencias entre las diversas formas de financiación al contratista, las adiciones de los contratos, los pasos del proceso licitatorio, la contratación directa y los pliegos de condiciones, por nombrar algunos. En general, en este capítulo, se hace un barrido sobre todo aquello que el ingeniero debe conocer antes de emprender cualquier proceso licitatorio o asumir responsabilidades al desempeñar un cargo relacionado con la administración o en términos generales, cualquier desempeño laboral que le implique toma de decisiones tanto del sector público como en el privado.
- Por último, el capítulo cuarto está dedicado a las consecuencias derivadas de las malas actuaciones en la Contratación Estatal, bien sea estas provenientes de la Administración Pública, o de los particulares que colaboran con el Estado en calidad de contratistas. Posteriormente, se estudian las diversas clases de responsabilidad en que puede incurrir cualquiera de las partes del contrato estatal, se exponen las principales acciones legales susceptibles de ser interpuestas en la jurisdicción Contencioso-administrativa, para solucionar las posibles controversias que surgen del proceso licitatorio en su fase contractual; también se le dedica un espacio a los principales delitos que puede sufrir la Administración Pública cuando la contratación estatal se desvía de los senderos perseguidos por la Constitución y la ley que no son más que pretender solucionar las necesidades colectivas que demanda la comunidad, delitos estos que no le son en lo absoluto ajenos a las personas que se vinculan con el Estado así sea en la simple calidad de contratista. Al finalizar el capítulo cuatro, el lector se encuentra con los principales lineamientos éticos que rigen al ingeniero en el desempeño de su profesión, así como los

principales tópicos con que se integra el Código Ético y las consecuencias que trae consigo las actuaciones contrarias a estos postulados.

Finalmente, en la tercera parte se exponen las respectivas conclusiones y recomendaciones sobre el proyecto en general, con el objeto de continuar el proceso de desarrollo y mejoramiento, perfeccionamiento y actualización del mismo por parte de otros grupos interesados en el sector de la contratación estatal y sus temas afines, así como del sitio web utilizado como soporte y medio de expresión de la información.

1. FUNDAMENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo de grado los autores denominan *fundamentación* a todas aquellas incidencias que marcan el comienzo de un proceso completo en donde cada etapa se realiza con el fin de dar los parámetros y las herramientas necesarias para seguir avanzando hasta cumplir todas las metas propuestas.

1.1 OBJETIVO GENERAL

Desarrollar un sitio Web que contribuya con la formación integral del ingeniero en los principios, conceptos y procedimientos fundamentales de la contratación pública administrativa, buscando así, aumentar la competitividad e incentivar el compromiso ético del futuro profesional.

✓ OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estructurar y organizar el contenido del proyecto en unidades temáticas de comprensible interpretación que propicien el desarrollo de habilidades básicas en la inducción al campo de la contratación estatal.
- Constituir un sitio web de aprendizaje basado en el modelo pedagógico constructivista que permita la asimilación de los principios y conceptos fundamentales del tema en estudio.
- Diseñar una estrategia de evaluación en la web que permita medir el grado de aprendizaje por unidad temática.
- Desarrollar un Sitio Web usando software de libre distribución y código abierto, tales como el Servidor Apache, el lenguaje PHP, y el manejador de base de datos MySQL.
- Desarrollar un módulo administrador, que permita la actualización y/o la depuración del contenido temático legal.
- Implementar el sitio tal que:
 - Permita tener acceso al sitio en la Web de acuerdo al perfil del usuario y llevar registro de sus avances.
 - Contribuya en la comunicación con entidades afines al tema.

1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Actualmente los estudiantes de las carreras de ingeniería cuentan con un excelente nivel técnico y un alto nivel competitivo en su formación profesional. Esto, se debe a una rigurosa formación académica en las ciencias básicas y profesionales de la ingeniería que gracias a sus años de experiencia y trayectoria ha logrado alcanzar el alma mater.

No obstante, este alto nivel observado en las áreas técnicas de la ingeniería, los currículos de las mismas presentan un vacío en lo concerniente al importante campo de la contratación y la legislación. La problemática parte de la ausencia de interés y por lo tanto de conocimientos por parte del estudiantado de ingeniería en los temas como: estructura de la Administración pública, organización y funcionamiento del Estado, normativa legal reguladora del ejercicio de la ingeniería, teoría de la contratación con el Estado, conceptos fundamentales sobre el acto administrativo y lineamientos éticos que rigen el ejercicio profesional de la ingeniería en Colombia, entre otros. A lo que se agrega, a modo de círculo vicioso, la escasa oferta que hacen las facultades de ingeniería en sus planes de estudio, ya que en el mejor de los casos, se ofrecen tan solo una o dos asignaturas relacionadas con el tema con la característica de ser tomadas de manera opcional por el estudiante.

El vacío presentado en la formación de los actuales ingenieros y el contraste que surge con el propósito de la Universidad de estimular la formación ética de la responsabilidad pública y social en el campo de la ingeniería, generan una importante deficiencia en los egresados en cuanto a la formación integral del ingeniero de la Universidad Industrial de Santander. El desinterés mostrado por el estudiante está motivado de alguna manera por las dificultades para comprender conceptos básicos del área debido a la diferencia entre el lenguaje empleado en todo lo concerniente a las leyes y aquel usado en el campo de los números. La importancia radica en que este distanciamiento acerca del conocimiento del Estado y su funcionamiento, en la vida profesional del egresado le lleva a actuar en forma negligente o con impericia en los asuntos relacionados con el tema, bien sea, por su propia ignorancia o por asesoramiento indebido de un tercero, actuaciones irregulares o ilícitas que pueden ser sancionadas no solo en materia jurídica como la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, sino también, sanciones de tipo ético. Todo esto, genera consecuencias nefastas que no solo manchan el buen nombre de la institución, sino que repercuten de manera directa en el ejercicio profesional y en la vida de relación con los demás miembros en que se estructura la actual sociedad.

1.3 JUSTIFICACIÓN

Este proyecto está concebido para apoyar al futuro profesional o incluso al recién egresado de la ingeniería en el manejo de los conceptos básicos del campo jurídico de la contratación que ineludiblemente están presentes en el desempeño de sus tareas profesionales, más específicamente aquellas referidas al área administrativa del sector público, sin descartar la posibilidad de ofrecer conocimientos relacionados con la administración privada.

En la actualidad, los sitios web se encuentran en una situación de rápido crecimiento, simplemente, y a modo de ejemplo, bastan las variadas bases de datos de legislación que existen hoy día en la red (Internet), concebidas para asistir no solo al profesional del derecho, sino a cualquier ciudadano que requiera información sobre la actividad normativa en un campo determinado.

Demuestra pertinente son los datos aportados por recientes análisis realizados en Estados Unidos en los últimos años acerca de las bases de datos instaladas en todo el mundo, hablando de cifras que superan los quince millones en más de 20.000 títulos².

Estas cifras dan una idea de la importancia que está adquiriendo el manejo de la información mediante bases de datos jurídicas, término éste que engloba legislación, jurisprudencia y doctrina, irrumpiendo esta manera de agrupar información, una posición significativa, por lo idóneo de su disposición (virtual), entorno a que los futuros usuarios no tienen que manejar ingentes volúmenes de información escrita como ocurre de ordinario.

Con la utilización de ésta herramienta computacional, se pretende establecer las condiciones para una mejor comprensión del texto legislativo, reduciendo el área de incertidumbre para algunos o de completo desconocimiento para otros, gracias a la utilización de hipervínculos para aquellas palabras técnico-jurídicas y por ende difíciles de abordar desde el punto de vista de la ingeniería, asimismo, en la medida que el usuario interactúe con la herramienta y se apropie de la información allí contenida, podrá contestar correctamente los test propuestos al final de cada capítulo, conceptos que luego serán necesarios para asimilar más fácilmente los contenidos del capítulo siguiente, por estar estos diseñados de tal forma que la información contenida en uno es base para la correcta comprensión del capítulo inmediatamente siguiente.

El proceso de autoevaluación que los estudiantes de ingeniería deben desarrollar al finalizar cada uno de los módulos centrales del contenido conceptual, esta estructurado fundamentalmente en un modelo tipo test, diseñado lo mas posible conforme a los requerimientos del ECAES, por ende, estas pequeñas evaluaciones están orientadas a

² Informática y Derecho. Tomo V. Compendio del III Congreso Internacional sobre Informática y derecho, Madrid, 2000, p. 55.

evaluar competencias interpretativas, argumentativas y propositivas en el usuario que decida desarrollarlos.

Las preguntas que buscan evaluar la competencia interpretativa, están relacionadas con la ubicación y comprensión de contextos y problemáticas específicas de la contratación estatal, es decir, el estudiante debe ubicarse de manera pertinente en el problema, establecer las relaciones que lo articulan y elaborar conclusiones o inferencias a partir de la interpretación de los factores que se presentan en la situación expuesta, como base para seleccionar la respuesta correcta a la pregunta que se le plantea.

Las preguntas orientadas a evaluar la competencia argumentativa, implica que el estudiante haya desarrollado la habilidad de exponer razones fundamentadas en el saber que ha adquirido en su proceso de aprendizaje sobre el tema tratado, que le permita contrastar, criticar, demostrar, sustentar, explicar de manera satisfactoria una situación, los estudiantes deben ser capaces de seleccionar las razones que demuestren la comprensión de conceptos, fundamentos, leyes y principios de la contratación estatal.

Las preguntas encaminadas a evaluar la competencia propositiva, comprende el planteamiento de propuestas, hipótesis o alternativas viables que se orienten a solucionar problemas de conocimiento o de ejecución. El estudiante de ingeniería debe ubicarse y analizar las situaciones en el contexto donde ocurren, contrastar esta comprensión a partir de posibles explicaciones a la situación para finalmente seleccionar una alternativa pertinente, el estudiante deberá articular de forma coherente los niveles contextual y conceptual que presenten las preguntas, al igual que en los anteriores tipos de preguntas será el enunciado de la pregunta el referente de significación desde el cual se plantean las propuestas, hipótesis o alternativas.

Referente al tipo de preguntas, como ya se ha expuesto, para la estructuración de los test se ha adoptado la modalidad tipo ECAES, es decir, se han adoptado dos tipos de preguntas: preguntas de selección múltiple con única respuesta y preguntas de selección múltiple con múltiple respuesta. El tercer tipo de prueba utilizado en los exámenes de Estado denominado: preguntas de análisis de relación, ha sido descartado del proyecto, esto, debido principalmente a razones complejidad técnica, dada la experiencia y pericia que demanda la elaboración de este último tipo de preguntas, a demás, de tener en cuenta que el desarrollo de los test fue una etapa del proyecto a cargo del estudiante de ingeniería Civil, previa documentación en el tema³ y posterior revisión de expertos tanto en el contenido de fondo (jurídico temático) como de forma (concordancia con el ECAES).

Así, la modalidad de preguntas unido a la herramienta web, consuetudinariamente van cumpliendo el objetivo de formar o incentivar la aprehensión del estudiante en los

³ ACOFI. Exámenes de estado de la calidad de la educación superior. Talleres de construcción y revisión de preguntas –Guía de orientación-. Bogotá, marzo de 2003, p. 1-5.

conceptos fundamentales del lenguaje legal concerniente a la ingeniería, o sea, aquel lenguaje natural que constituye el instrumento de expresión de la contratación estatal, que habitualmente contrasta con la “precisión” de otros lenguajes como el matemático, lo que impide en la comunidad estudiantil de las ingenierías su correcto entendimiento y, en consecuencia, es lo que los hace más vulnerables a padecer defectos que pueden repercutir en confusión e incertidumbre.

1.4 IMPACTO

La comunidad universitaria de las ingenierías contará con una herramienta que permita consultar los conceptos fundamentales del área de la contratación estatal y los temas precedentes para su correcta comprensión, esto es, la fundamentación jurídica y política del actual Estado colombiano y la Administración pública, desde el enfoque planteado por la suprema autoridad en normativa legal como es la Constitución Política de Colombia, así como lo expuesto en textos legales especializados en contratación y Derecho Administrativo. Igualmente, la comunidad universitaria encontrará en el sitio los análisis y conceptos de tratadistas expertos del orden nacional e internacional sobre el tema en estudio, junto con pronunciamientos de la jurisprudencia nacional como la Corte Constitucional y el honorable Consejo de Estado, máximo tribunal en materia de contratación en Colombia.

En la parte técnica será un paso mas en pro del desarrollo interdisciplinario en las ingenierías, pues brinda la oportunidad de que el ingeniero adquiera una serie de conceptos básicos en el campo de la contratación pública, que le permita desenvolverse con menos incertidumbre y mayor acierto en temas relacionados con el campo administrativo, haciendo del ingeniero UIS no solo un profesional mas competente, sino un actor social capaz de entender y por ende, enfrentar los desafíos que plantea la sociedad actual en constante cambio y desarrollo. Cabe destacar que es un proyecto que puede seguir su desarrollo en la generación de herramientas de este tipo que ofrezcan ayuda de manera mas especializada en el tema, incursionando por ejemplo en el campo de la inteligencia artificial o sistemas expertos asociados al manejo de bases de datos jurídicas.

En la parte económica la comunidad universitaria de las ingenierías se beneficia, al poder obtener una herramienta útil en el proceso enseñanza-aprendizaje a un bajo costo, sin recurrir a invertir tiempo en buscar las pocas herramientas existentes en el mercado local. A través del proyecto, se busca manejar en forma adecuada este valioso recurso ahorrando esfuerzos, tiempo y presentando claridad en la descripción de los procedimientos y conceptos de la contratación estatal y la temática que encierra; representando información muy importante para la completa formación integral tal como lo preceptúa el alma mater en sus disposiciones.

Esta herramienta representa un aporte al logro del propósito Institucional el cual concibe disponer de los recursos y de conducir el desarrollo universitario hacia el cumplimiento de metas y objetivos institucionales en el marco de la ley y en concordancia con los desarrollos de la ciencia y de la tecnología, profundizando la cultura de la información inteligente, con una gestión flexible, responsable y buscando, ante todo, la toma de conciencia de parte del estudiantado en su futura profesión desde los cánones no solo técnicos y jurídicos, sino éticos y sociales.

1.5 VIABILIDAD

En la parte social no interfiere con los principios básicos de las condiciones de vida y no perjudica el entorno social, por el contrario, ayuda a afianzar los hábitos socioculturales de los usuarios. En ningún momento el proyecto pretende desviar el campo de análisis de los usuarios, más bien ampliará su conocimiento en un área muy importante, como lo es la contratación pública.

En la parte técnica, para el ingreso a este sitio se requiere de un computador personal con especificaciones mínimas como 128 Megabytes de RAM, un disco duro de 8 Gigabytes, y desde luego acceso a Internet; siendo estas especificaciones comunes en el mercado actual y presentes actualmente en la Universidad. Para la construcción del sitio se utilizará PHP para el montaje de la interfaz y MYSQL para la interacción de ésta con la respectiva base de datos, aspectos que brindan un manejo dinámico. El montaje de las páginas y la base de datos para su posterior consulta se hará sobre un servidor Apache.

En la parte económica, además de que la inversión inicial no es elevada, las posteriores utilizations de la herramienta sólo necesitaran de un computador para su exploración y de esta forma la distribución no representaría un gran costo.

1.6 METODOLOGÍA

Para el desarrollo del contenido temático general del proyecto se utiliza el método inductivo, partiendo de una revisión bibliográfica general y luego específica, llevando a un análisis que permita mediante una secuencia ordenada de pasos, partir del concepto inicial hasta la construcción significativa de conocimiento, luego de esta investigación y análisis, se estructura el diseño y contenido teórico del mismo así como el debido sistema de evaluación del proyecto como un todo soportado en el desarrollo del sitio web.

La metodología utilizada para el desarrollo de las autoevaluaciones contenidas al final de cada capítulo temático, está basada en los planteamientos recomendados por el gobierno

Nacional⁴ en cuanto al diseño y elaboración de los actuales exámenes de Estado para los centros de educación superior. A continuación se expone el modo de construcción de los ítems:

Una pregunta se compone de:

- a) Enunciado: Contexto donde se expone la información y a la vez se pide la respuesta por el usuario.
- b) Campo de respuesta: Compuesto por las opciones de respuesta ofrecidas. Aquí se ubican, dependiendo del tipo de pregunta empleado, un número de opciones incorrectas denominadas distractores y la respuesta o respuestas correctas, dependiendo del tipo de pregunta, llamadas claves.

En términos generales, dentro de la estructura de una pregunta o ítem, se cuenta con:

- El enunciado.
 - La clave.
 - Un absurdo.
 - Un error común.
 - Una información no pertinente.
 - Una información opuesta a la clave.

Las preguntas de selección múltiple con única respuesta, consta de un enunciado y cinco opciones de respuesta, las opciones aparecen identificadas con las letras A, B, C, D y E. Solo UNA de las opciones responde correctamente a la pregunta.

Las preguntas de selección múltiple con múltiple respuesta están conformadas por el enunciado y cuatro opciones de respuesta identificadas con números 1, 2, 3 y 4. En este tipo de pregunta DOS de las opciones responden correctamente a la pregunta.

⁴ Ibíd. p. 3

2. MARCO TEÓRICO

En este capítulo se plasman los aspectos relevantes para una buena comprensión de la teoría necesaria en el desarrollo de este proyecto. Este marco tiene el propósito de dar a la investigación un sistema coordinado y coherente de conceptos y proposiciones que permitan abordar el problema.

2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA GENERAL

2.1.1 Definición del World Wide Web.

El WWW es un sistema de información y comunicación popularmente usado sobre Internet con comunicaciones de datos que emplean, el modelo Cliente-Servidor.⁵

Los clientes del Web (browsers) pueden acceder a la información que precisa multiprotocolos e hipermedios (donde las aplicaciones de ayuda están disponibles para los browsers) usando un esquema de direccionamiento.

El Web permite tanto la disseminación como la colección de información (a través de la capacidad de formatos de HTML), de este modo, el Web no es sólo un sistema de disseminación o difusión de información sino que incluye el potencial de la comunicación interactiva.

⁵ Evans, Tim. Construya su propia Intranet. Segunda edición. Prentice Hall. México, 1997.

2.1.2 Intranet.

Una Intranet es una red privada empresarial o educativa que utiliza los protocolos TCP/IP de Internet para su transporte básico. Los protocolos pueden ejecutar una variedad de Hardware de red y pueden coexistir con otros protocolos de red, como IPX. Aquellos empleados que están dentro de una Intranet pueden acceder a los amplios recursos de Internet, pero aquellos en Internet no pueden entrar en la Intranet.

Una Intranet es la implantación o integración en una red local o corporativa de tecnologías avanzadas de publicación electrónica basadas en WEB en combinación con servicios de mensajería, con partición de recursos, acceso remoto y toda una serie de facilidades cliente / servidor proporcionadas por la pila de protocolos TCP/IP, diseñado inicialmente para la red global Internet.



Figura 1. Flujo de información de una Intranet.

Su propósito fundamental es optimizar el flujo de información con el objeto de lograr una importante reducción de costos en el manejo de documentos y comunicación interna. Es una herramienta de gestión que permite una potente difusión de información y mecanismos de colaboración entre el personal. Al igual que en Internet la pieza clave de la Intranet es el

WWW, pero de forma que la información de la empresa esté accesible solo a los miembros de la organización.

2.1.2.1 Características

El aspecto más importante es la seguridad. Para que los miembros de una organización, y solo ellos, puedan acceder a la información, cualquier conexión que no tenga una autorización debe ser automáticamente bloqueada, para evitar accesos indeseados e incluso fuga de información importante. La intranet ofrece las siguientes características:

- Confidencialidad: Que los datos no sean comunicados incorrectamente.
- Integridad: Proteger los datos para evitar cambios no autorizados.
- Autenticación: Tener confianza en la identidad de usuarios.
- Verificación: Comprobar que los mecanismos de seguridad están correctamente implementados.
- Disponibilidad: Que los recursos estén disponibles cuando se necesiten.
-

2.1.2.2 Ventajas de la Intranet

- Costos asequibles, tanto de su puesta en marcha como de su uso. Es una forma muy eficiente y económica de distribuir la información interna, sustituyendo los medios clásicos.
- Fácil adaptación y configuración a la infraestructura tecnológica de la organización, así como gestión y manipulación. Disponible en todas las plataformas informáticas.

- Adaptación a las necesidades de diferentes niveles: empresa, departamento y área de negocio entre otros. Centraliza el acceso a la información actualizada de la organización.
- Posibilidad de integración con las bases de datos internas de la organización.
- Acceso a la Internet, tanto al exterior, como al interior, por parte de usuarios registrados con control de acceso.

2.1.2.3 Desventajas de la Intranet

El implementar una Intranet dentro de la institución, es un proceso que debe ser planificado con anterioridad. La forma como se planifique la Intranet, traerá consigo resultados concretos. Los resultados adversos pueden deberse a que no se tomen en cuenta las normas básicas de seguridad y que el personal a cargo del funcionamiento de la Intranet no tenga el correcto entrenamiento. Es importante manejar el tema de seguridad y aplicar planes de control en la Intranet pues son redes expuestas a notables riesgos de esta índole.

Puede darse el caso de que la Intranet este bien construida tecnológicamente pero resulte un fracaso. Con frecuencia la información esta desactualizada, mal gestionada porque no se eligen las herramientas adecuadas.

2.1.3 Conceptos sobre Base de Datos.

Una Base de Datos puede ser definida como una colección automatizada de datos operacionales almacenados, que sirven a las necesidades de múltiples usuarios dentro de una o más organizaciones y que varían con el tiempo, tanto en tamaño como en valores o dicho en otras palabras es la fuente central de datos que está pensada para que sea

compartida por muchos usuarios con una diversidad de aplicaciones. Una Base de Datos contiene datos para varios usuarios, donde cada uno puede tener acceso a todo el conjunto o solo alguna parte de ellos, dependiendo de la necesidad, lo cual implica que los datos son compartidos y se tiene un control sobre ellos.

2.1.3.1 Componentes de una Base de Datos.

Un sistema de Bases de Datos se compone de cuatro elementos principales: datos, hardware, software y usuarios⁶.

Datos. Cada uno de los procesos que constituyen una organización que genera datos que son registrados en algún medio de almacenamiento que puede ser impreso, fílmico, electrónico o magnético.

Partiendo de lo particular a lo general, estos datos se pueden clasificar de la siguiente forma jerárquica:

- **Campo:** Es la unidad más pequeña de información que se almacena en una Base de Datos. Permite definir una característica (edad, peso) sobre un elemento objeto de estudio. Puede estar en formato carácter, fecha, número u otro formato y ser opcional o mandatorio (obligatorio).
- **Registro:** Es una colección de campos asociados que permiten agrupar características acerca de un elemento objeto de estudio.⁷
- **Tabla:** Es una colección de registros que contienen la información de un elemento objeto de estudio.

⁶ CARCAMO SEPULVEDA, José. Bases de Datos Relacionales: Un Enfoque Práctico de Diseño. Bucaramanga, 1997. Pág 11.

⁷ WHITTEN, Jeffrey L. Análisis y Diseño de Sistemas de información. Illinois, 1996. Pág. 607.

- **Base de Datos:** El conjunto de estas tablas o entidades relacionadas de una forma lógica.

Hardware. Este se refiere a los medios de almacenamiento (discos duros, disquetes, CDS y cintas magnéticas entre otros) en los cuales reside la Base de Datos y los dispositivos con los que se manejan tales medios.

Software. Entre la Base de Datos física y los denominados usuarios, existe una interfaz conocida con el nombre de D.B.M.S. (Sistema Manejador de Base de Datos), quien es el encargado de atender los accesos de los usuarios a la Base de Datos (Ver Figura 2), es decir, es la parte medular de la Base de Datos que permite la creación, modificación y actualización de la misma, la recuperación de datos y la generación de reportes.

Usuarios. El D.B.M.S. soporta múltiples usuarios, permite accesos concurrentes, traduce en órdenes sobre la Base de Datos todos los requerimientos que el usuario posee para el manejo de la información.

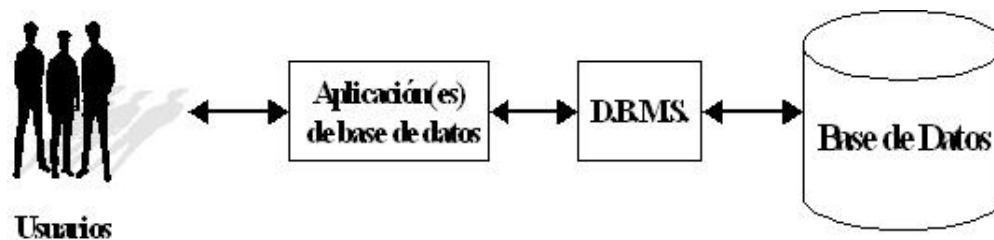


Figura 2. Relación entre una aplicación de base de datos y un DBMS.

2.1.3.2 Ventajas de las Bases de Datos.

La mejor forma de entender la naturaleza y las características de las bases de datos es conocer las ventajas que nos proporcionan su utilización.

- Disminución de la redundancia. En los archivos tradicionales, las aplicaciones repiten gran cantidad de datos ya sea al nivel de archivos o de campos, lo cual se puede ver reflejado en el desperdicio de espacio de almacenamiento, inexactitud de datos e inconsistencia de los mismos.
- Evitar las inconsistencias. Esta ventaja está altamente relacionada con la anterior, consiste en prevenir la desactualización de información que tiene más de una ocurrencia en la Base de Datos.
- Compartir datos. Esto se presenta cuando se tienen datos en diferentes archivos y se hace necesaria una consulta simultánea de estos datos por medio del cual se ahorran esfuerzos de programación.⁸
- Restricciones de Seguridad. La protección relacionada con el acceso a los datos es de gran importancia para cualquier Sistema de Información.
- Integridad. El problema de la integridad esta relacionado con la exactitud de la información de la base de datos. Los problemas de integridad de los datos son serios porque si los datos difieren, producirán resultados inconsistentes.
- Independencia de los datos. Una aplicación es independiente de los datos, cuando es posible cambiar la estructura de almacenamiento (los datos están físicamente grabados) o el método de acceso a los datos (secuencial o indexado) sin afectar drásticamente la aplicación.

2.1.3.3 Modelo Entidad-Relación.

El modelo Entidad-Relación es una técnica que se utiliza en la mayoría de las metodologías de desarrollo de Sistemas de Información. La organización de la Base de Datos considera entidades, constituyéndose cada una en la relación de diferentes datos de la base, allí se

⁸ KROENKE, David M. Procesamiento de Bases de Datos: Fundamentos, diseño e instrumentación. México, 1996.

representan los objetos de datos, sus características y las interrelaciones que definen los requerimientos y las necesidades de información.

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA ESPECÍFICA

2.2.1 Sistema Operativo

Un sistema operativo es un programa que actúa como intermediario entre el usuario y el hardware de un computador y su propósito es proporcionar un entorno en el cual el usuario pueda ejecutar programas. El objetivo principal de un sistema operativo es lograr que el sistema de computación se use de manera cómoda, y el objetivo secundario es que el hardware del computador se emplee de manera eficiente.⁹

Un sistema operativo es un programa muy especial, quizá el más complejo e importante en un computador. El sistema operativo tiene tres grandes funciones: coordinar y manipular el hardware del computador, como la memoria, las impresoras, las unidades de disco, el teclado o el mouse; organizar los archivos en diversos dispositivos de almacenamiento, como discos flexibles, discos duros, discos compactos o cintas magnéticas, y gestionar los errores de hardware y la pérdida de datos.

2.2.2 Servidor Web.

Un servidor Web es un programa de aplicación que satisface las solicitudes HTTP realizadas por los navegadores. Para ello, el ordenador que la soporta debe estar conectado a la Internet y, por lo tanto, ha de tener asignada una dirección IP. El servidor Web debe

⁹ TANENBAUM, Andrew S. Sistemas Operativos Modernos. Pearson Education.

soportar los protocolos estándar en la Internet. Por ejemplo HTTP (protocolo de transferencia de hipertexto) que facilita el intercambio de datos entre el servidor Web y el navegador.

2.2.2.1 Apache Web Server.

El servidor apache es el servidor Web más popular del mundo por un gran porcentaje y es generalmente considerado más estable que otros servidores. Normalmente se instala en UNIX y sistemas Linux, pero también está disponible para la plataforma de Microsoft Windows.

2.2.3 Páginas Web estáticas.

Las páginas Web son textos ASCII escritos en el lenguaje HTML que se transfieren entre los servidores de WWW y los navegadores de los clientes mediante el protocolo, su único proceso realizado es el de visualización de sus contenidos (escritos en lenguaje HTML) por parte del explorador del cliente. Las páginas estáticas forman la base necesaria para la presentación de datos en muchos tipos de situaciones. Uno de los lenguajes que presenta páginas Web estáticas es HTML, a continuación se presentan algunas características de este lenguaje.

2.2.3.1 HTML (HyperText Markup Language).

Es un lenguaje muy sencillo que permite describir hipertexto, es decir, texto presentado de forma estructurada y agradable, con enlaces (*hyperlinks*) que conducen a otros documentos o fuentes de información relacionadas, y con inserciones multimedia (gráficos y sonido). La descripción se basa en especificar en el texto la estructura lógica del contenido (títulos,

párrafos de texto normal, enumeraciones, definiciones y citas) así como los diferentes efectos que se quieren dar (especificar los lugares del documento donde se debe poner cursiva, negrita, o un gráfico determinado) y dejar que luego la presentación final de dicho hipertexto se realice por un programa especializado del cliente, como Internet Explorer o Netscape. Adicionalmente, los documentos HTML pueden ser vistos en toda clase de sistemas, como son Macintosh, PC o UNIX.

2.2.4 Páginas Web dinámicas en el cliente.

En estas páginas toda la carga de procesamiento de los efectos y las funcionalidades las soporta el navegador. Los usos típicos de las páginas de cliente son efectos especiales para Web como el control de ventanas, presentaciones en las que se pueden mover objetos por la página, control de formularios y cálculos entre otros.

El código necesario para crear los efectos y funcionalidades se incluye dentro del mismo archivo HTML y es llamado SCRIPT. Cuando una página HTML contiene scripts de cliente, el navegador se encarga de interpretarlos y ejecutarlos para realizar los efectos y funcionalidades.

Las páginas del cliente son muy dependientes del sistema donde se están ejecutando y esa es su principal desventaja, ya que cada navegador tiene sus propias características, incluso cada versión y lo que puede funcionar en un navegador puede no funcionar en otro.

Como ventaja se puede decir que estas páginas descargan al servidor algunos trabajos, ofrecen respuestas inmediatas a las acciones del usuario y permiten la utilización de algunos recursos de la máquina local.

2.2.5 Páginas Web dinámicas en el servidor.

Las páginas dinámicas del servidor, son reconocidas, interpretadas y ejecutadas por el propio servidor, son especialmente útiles en trabajos en que se tiene que acceder a información centralizada, situada en una base de datos en el servidor, y cuando por razones de seguridad los cálculos no se pueden realizar en el ordenador del usuario.

Las páginas dinámicas del servidor se suelen escribir en el mismo archivo HTML, mezclado con el código dinámico (script), al igual que ocurría en las páginas del cliente. Cuando una página es solicitada por parte de un cliente, el servidor ejecuta los scripts y se genera una página resultado, que solamente contiene código HTML. Este resultado final es el que se envía al cliente y puede ser interpretado sin lugar a errores ni incompatibilidades, puesto que sólo contiene HTML. Luego es el servidor el que maneja toda la información de las bases de datos y cualquier otro recurso, como imágenes o servidores de correo y después envía al cliente una página web en HTML con los resultados de todas las operaciones.

Para escribir páginas dinámicas de servidor existen varios lenguajes, algunos de estos son: CGI comúnmente escritos en Perl, *Active Server Pages (ASP)*, *Hipertext Preprocesor (PHP)*, y *Java Server Pages (JSP)*.

Las ventajas de este tipo de programación son que el cliente no puede ver los scripts, ya que se ejecutan y transforman en HTML antes de enviarlos.

Como desventajas se puede señalar que será necesario un servidor más potente y con más capacidades que el necesario para las páginas de cliente.

2.2.5.1 PHP (Hipertext Preprocesor)

PHP es uno de los lenguajes de lado servidor más extendidos en la Web, su potencia y simplicidad lo caracterizan. PHP permite embeber pequeños fragmentos de código dentro de la página HTML y realizar determinadas acciones de una forma fácil y eficaz sin tener que generar programas en un lenguaje distinto al HTML. Por otra parte, PHP ofrece funciones para la explotación de bases de datos de una manera llana y sin complicaciones.¹⁰



Figura No. 3 Ejecución de un programa PHP

Al nivel más básico, PHP puede hacer cualquier cosa que se pueda hacer con un script CGI, como procesar la información de formularios, generar páginas con contenidos dinámicos o mandar y recibir cookies. Quizás la característica más potente y destacable de PHP es su soporte para una gran cantidad de bases de datos. Escribir un interfaz vía Web para una base de datos es una tarea simple con PHP

¹⁰ Ratschiller, Tobias. Gerken, Till. Creación de Aplicaciones Web con PHP 4. Primera edición. Prentice Hall. España, 2001.

2.2.6 MySQL Database Server

MySQL Database Server es la base de datos de código fuente abierto más usada del mundo. Su ingeniosa arquitectura lo hace extremadamente rápido y fácil de personalizar.¹¹ La extensiva reutilización del código dentro del software y una aproximación minimalística para producir características funcionalmente ricas, ha dado lugar a un sistema de administración de la base de datos incomparable en velocidad, compactación, estabilidad y facilidad de despliegue. La exclusiva separación del core server del manejador de tablas, permite funcionar a MySQL bajo control estricto de transacciones o con acceso a disco no transaccional ultrarrápido.

MySQL es un sistema de administración relacional de bases de datos y cuenta con las siguientes características:

- Se comporta muy bien bajo ambiente Windows y Linux.
- Licencia gratis para uso no comercial.
- Posee una conexión ODBC mediante la cual se pueden acceder a los datos y prácticamente sin cambiar el código fuente.
- Muy rápido al momento de insertar y recuperar información.
- Permite almacenar un elevado número de registros.
- Posee integridad referencial (tablas InnoDB).
- Tiene seguridad a nivel de la aplicación, permitiendo crear usuarios y permisos de acceso.
- Se puede instalar en equipos con Windows 95, 98, NT, 2000 y XP

¹¹ Neil Mathew y Richard Stones. Principio de Bases de Datos con MySQL. Editorial Wrox. 2001.

2.2.7 Editor visual de páginas Web

2.2.7.1 Macromedia Dreamweaver

Macromedia Dreamweaver es un editor de HTML visual, diseñado para desarrolladores profesionales. Dreamweaver hace muy fácil el crear complejas páginas Web dinámicas, con la conocida técnica de "arrastrar y soltar", permitiendo que los diseñadores puedan crear entornos Web y animaciones sofisticadas sin tener que escribir una sola línea de código.¹²

Dreamweaver genera HTML dinámico, que usa JavaScript y "cascade style sheets". El código resultante es compatible con las últimas versiones de Netscape e Internet Explorer y además se pueden generar páginas que funcionen bien en versiones anteriores.¹³

Una de las características del programa es que se pueden optimizar las páginas para las diferentes versiones de los navegadores. Dreamweaver no modifica el código fuente, haciendo fácil el poder cambiar entre Dreamweaver y el editor de código no visual favorito.

Algunas otras características incluyen: un editor de imagen integrado, diferentes colores para la sintaxis HTML, soporte para posicionamiento absoluto, poder hacer cambios por todas las páginas usando elementos comunes, cliente de FTP integrado (con soporte Firewall), soporte XML, plantillas, e interfaz personalizado.

Dentro de la programación cliente / servidor, Dreamweaver MX es capaz de trabajar con diversos lenguajes: ASP, ASP.NET, COLDFUSION, JSP y PHP.

¹² Sawyer McFarland, David. Macromedia Dreamweaver Mx: Diseño Grafico de la Web. Anaya Multimedia - O'Reilly. Abril 2003.

¹³ Joseph W. Lowery, Biblia Macromedia Dreamweaver. John Wiley & Sons. Agosto 2002.

2.2.8 Editor de gráficos para páginas Web

2.2.8.1 Macromedia Fireworks

Fireworks es una herramienta que puede utilizarse para crear, editar y animar gráficos Web, añadir interactividad avanzada y optimizar imágenes en entornos profesionales. En Fireworks es posible crear y modificar imágenes vectoriales y de mapa de bits en una sola aplicación. Todo es modificable en todo momento.¹⁴

Incluye opciones tan avanzadas como: exportación de previsualización visual, control total sobre las paletas de color y la compresión de las mismas, generación automática de botones de estado, control total sobre textos y efectos que se pueden editar en cualquier momento. Fireworks es la herramienta que permite crear los gráficos compactos y excelentes animaciones GIF en pocos pasos. Otras de las opciones orientadas al diseño Web que incluye Fireworks es la de "trocear" una imagen para acelerar su descarga y poder exportar sus partes a una tabla HTML para que sean unidas de nuevo en el navegador de la persona que visita la Web.

¹⁴ Pérez, Cesar. Macromedia Fireworks: Diseño Grafico de la Web. RA-MA. Primera edición. España, 2002.

3. MARCO METODOLÓGICO

Para construir herramientas de alta calidad es necesario definir una metodología según la naturaleza del proyecto. Una metodología¹⁵ es una manera ordenada y sistemática de proceder para obtener algún fin, que para este caso, se llevará a cabo a través de una serie de normas o reglas precisas, constituyendo el cuerpo formal de la metodología.

Un camino para obtener alta calidad es mediante un planteamiento riguroso del problema. Un estudio formal sobre la metodología a utilizar, permite avanzar en este sentido. Es importante realizar una buena planificación del trabajo y una buena asignación de recursos a los distintos miembros del equipo.

Esta planificación de trabajo o metodología a utilizar, es comúnmente conocida en el ámbito de la Informática como el *ciclo de vida*, éste ayuda a resolver problemas que surjan durante el desarrollo del sistema, marcando la dirección del proyecto y proporcionando una guía sobre lo que se debería obtener como resultado del mismo, también produce informes del estado del proyecto, permitiendo un seguimiento de las necesidades de recursos.

El ciclo de vida se define como una secuencia de fases, estas son: concepción, elaboración, construcción y transición. La concepción define el alcance del proyecto y desarrolla un caso de negocio. La elaboración define un plan del proyecto, especifica las características y fundamenta la arquitectura. La construcción crea el producto y la transición transfiere el producto a los usuarios.

Cada fase se compone de actividades mas detalladas, cada una de las cuales tiene un objetivo específico; cada fase se revisa cuando se completa y esta revisión produce un informe como resultado y define el objetivo y un plan detallado para la siguiente fase.

¹⁵ Una metodología es un enfoque para organizar, dirigir y realizar las actividades del ciclo de vida.

3.1 CICLOS DE VIDA DE DESARROLLO DE SOFTWARE ¹⁶

Existen diversos métodos que han planteado los profesionales del software para definir las actividades a llevar a cabo en un proyecto de desarrollo de sistemas. El presente proyecto utilizará el ciclo de vida clásico o modelo en cascada, pero antes de entrar en detalles en la escogencia del mismo se nombran otros modelos existentes con una breve descripción de los mismos.

3.1.1 Modelo de construcción de prototipos

El paradigma de construcción de prototipos comienza con la recolección de requisitos. El desarrollador y el cliente encuentran y definen los objetivos globales para el software, identifican los requisitos conocidos, y las áreas en donde es obligatoria más definición. Entonces aparece un *diseño rápido*. El diseño rápido se centra en una representación de esos aspectos del software que serán visibles para el usuario/cliente. El diseño rápido lleva a la construcción de un prototipo. El prototipo lo evalúa el cliente/usuario y lo utiliza para refinar los requisitos del software a desarrollar.

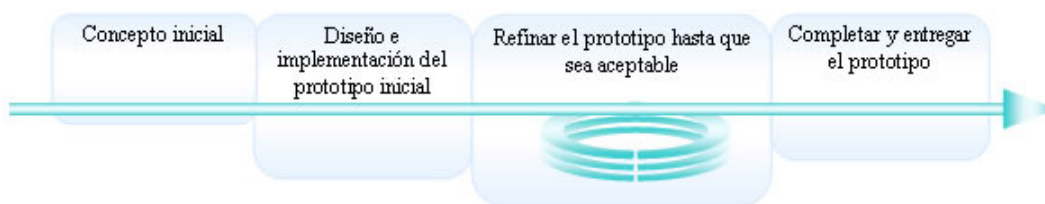


Figura 4. Modelo de construcción de prototipos.

¹⁶ PRESSMAN, Roger S. INGENIERÍA DEL SOFTWARE: Un enfoque práctico. Quinta edición. McGraw Hill, España. 2002.

3.1.2 Modelo incremental

El modelo incremental combina elementos del ciclo de vida clásico con la filosofía interactiva de construcción de prototipos. Este modelo aplica secuencias lineales de la misma forma que progresa el tiempo. Cada secuencia lineal produce un incremento del software. El modelo incremental se centra en la entrega de un producto operacional con cada incremento.

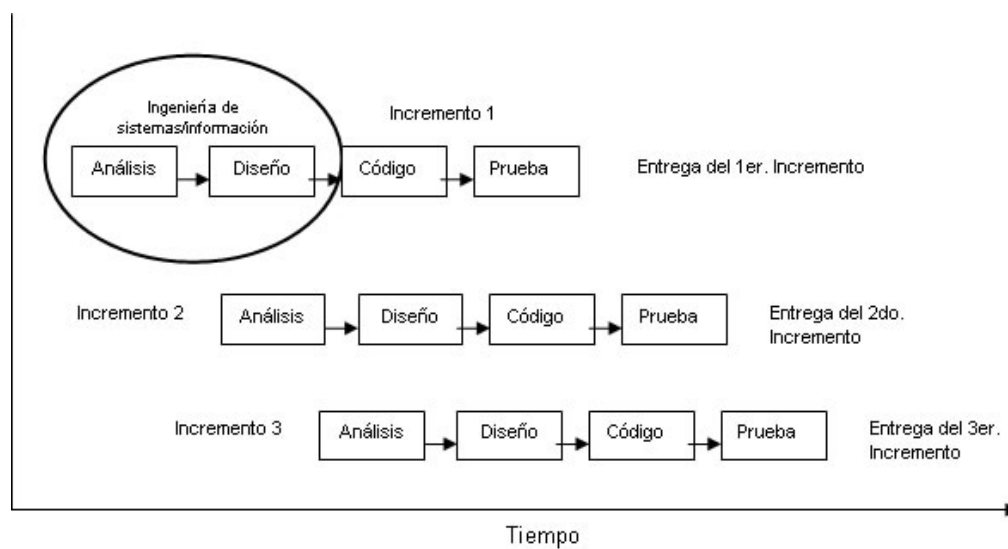


Figura 5. Modelo incremental.

3.1.3 El modelo en espiral

El modelo en espiral, es un modelo de proceso de software evolutivo que acompaña la naturaleza interactiva de construcción de prototipos con los aspectos controlados y sistemáticos del modelo lineal secuencial. Se proporciona el potencial para el desarrollo rápido de versiones incrementales del software. En el modelo espiral, el software se desarrolla en una serie de versiones incrementales. Durante las primeras iteraciones, la versión incremental podría ser un modelo en papel o un prototipo. Durante las últimas iteraciones, se producen versiones cada vez más completas.



Figura 6. Modelo en espiral.

3.1.4 Proceso Unificado

El proceso unificado es un proceso de desarrollo de software, regido por 3 frases: dirigido por casos de uso: se centra en la funcionalidad que el sistema debe poseer para satisfacer las necesidades de un usuario¹⁷ que interactúa con él; centrado en la arquitectura: es el conjunto de decisiones acerca de la organización de un sistema software, de la selección de elementos y de las interfaces y las colaboraciones entre ellos; e iterativo e incremental: porque el gran proyecto se puede dividir en miniproyectos, que es una iteración que resulta en un incremento, haciendo referencia a pasos en el flujo de trabajo y es incremental porque hay un crecimiento del producto.

¹⁷ El usuario puede ser una persona, un sistema externo o un dispositivo.

3.2 SELECCIÓN DEL MODELO DE DESARROLLO

El Ciclo de Vida Clásico

Como se dijo anteriormente en este proyecto se utilizará el ciclo de vida clásico también llamado modelo lineal secuencial o modelo en cascada, el cual sugiere un enfoque¹⁸ sistemático, secuencial del desarrollo del software que comienza en un nivel de sistemas y progresa con el análisis, diseño, codificación, pruebas y mantenimiento.

Modelado según el ciclo de ingeniería convencional, el ciclo de vida clásico presenta las siguientes actividades:

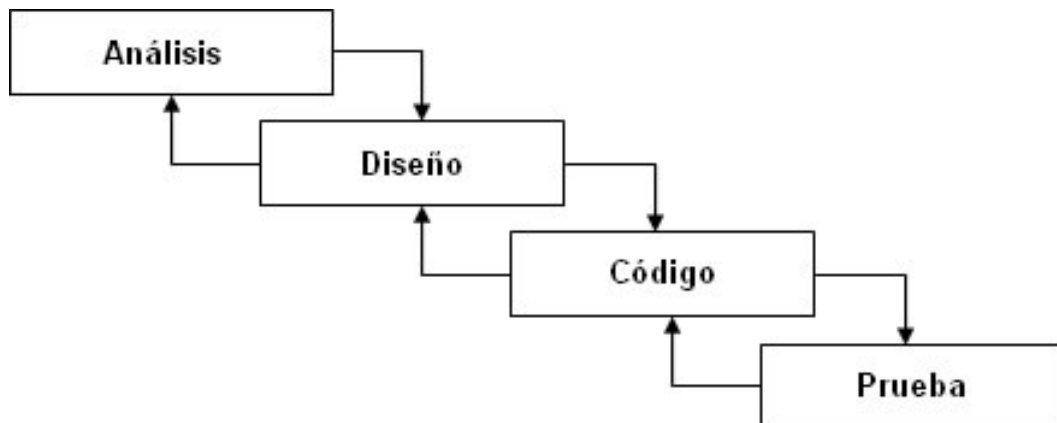


Figura 7. Modelo de ciclo de vida clásico.

- *Análisis de los requisitos del software.* El proceso de reunión de requisitos se intensifica y se centra especialmente en el software. Para comprender la naturaleza de el (los) programa(s) a construirse, se debe comprender el dominio de información del software, así como la función requerida, comportamiento, rendimiento e interconexión.

¹⁸ El modelo original en cascada propuesto por Winston Royce hace provisiones para bucles de realimentación.

Conjuntamente con el cliente se documenta y se repasan los requisitos del sistema y del software.

- *Diseño.* El diseño del software es realmente un proceso de muchos pasos que se centra en cuatro atributos distintos de un programa: estructura de datos, arquitectura del software, representaciones de interfaz y detalle procedimental (algoritmo). El proceso de diseño traduce requisitos en una representación del software que se pueda evaluar por calidad antes de que comience la generación del código. Al igual que los requisitos, el diseño se documenta y se hace parte de la configuración del software.
- *Generación del código.* El diseño se debe traducir en una forma legible por la máquina. El paso de generación de código lleva a cabo esta tarea. Si se lleva a cabo el diseño de una forma detallada, la generación de código se realiza más fácilmente.
- *Pruebas.* El proceso de pruebas se centra en los procesos lógicos internos del software, asegurando que todas las sentencias se han comprobado y en los procesos externos funcionales, es decir, la realización de las pruebas para la detección de errores y asegurarse que la entrada definida produzca resultados reales de acuerdo con los resultados requeridos.

El Ciclo de vida clásico hace provisiones para bucles de realimentación para evitar tener que corregir errores muy grandes solo cuando se llegue a la etapa de la implantación.

Gracias a este método se puede resolver el anterior problema en forma correcta, obedece a la naturaleza y al enfoque sistémico y secuencial del desarrollo del proyecto.

Además en un modelo en cascada, un proyecto progresa a través de una secuencia ordenada de pasos partiendo del concepto inicial hasta la prueba del sistema. Cada fase tiene un

conjunto de metas bien definidas, y las actividades dentro de una fase contribuyen a la satisfacción de metas de esa fase o quizás a una subsecuencia de metas de la fase.

El modelo en cascada está dirigido por documentos y sus productos principales del trabajo que se pasan entre cada etapa son los documentos. Este modelo ayuda a localizar errores en las primeras etapas del proyecto a un bajo costo, además minimiza los gastos de la planificación porque permite realizarla sin problemas.

Aunque el modelo no proporciona resultados tangibles hasta el final del ciclo de vida, la documentación que genera proporciona indicaciones significativas del proceso a lo largo del ciclo de vida. El modelo evita una fuente común de errores importantes, eliminando los cambios que se pueden producir a medio camino.

El modelo en cascada, captura algunos principios básicos como:

- Planear un proyecto antes de embarcarse en él.
- Definir el comportamiento externo deseado del sistema antes de diseñar su arquitectura interna.
- Documentar los resultados de cada actividad.
- Diseñar un sistema antes de codificarlo.
- Realizar un test al sistema después de construirlo.

Para la escogencia del modelo se tuvo en cuenta que los requerimientos del proyecto se pueden definir fácil y rápidamente a partir del conocimiento del área de estudio, además se tiene una definición estable de la herramienta a construir con variaciones mínimas de los requisitos y se trabaja con tecnologías conocidas.

A través del desarrollo de este proyecto se entregarán documentos que muestran el avance del mismo, el modelo ofrece ventajas como presentar el proyecto con una estructura que

ayuda a minimizar el esfuerzo inútil, ayuda a localizar errores en las primeras etapas del proyecto a un bajo costo ya que se cuenta con una definición estable del problema, y permite enfrentarse a la complejidad de forma ordenada.

En los numerales 4, 5 y 6, se detallan las etapas del Ciclo de vida clásico.

4. ANÁLISIS

En esta fase se pretende llegar a conocer mejor la información dada, para dar una solución adecuada a la problemática planteada; se crea el modelo preliminar de datos a partir del análisis de las fuentes de información y a partir de esto, se podrá obtener los requerimientos del sistema para hacer un diseño que cumpla con las necesidades encontradas. Se hará un análisis crítico sobre saber exactamente qué necesita el usuario, enfatizar en brindarle la información en un ambiente más ameno y propicio para abordar el rígido lenguaje jurídico. Se hará una valoración profunda de toda la información recopilada y se medirán sus alcances en el desarrollo del proyecto.

Durante esta fase se define el alcance del sitio propuesto, es decir, se limita el área que va a cubrir el proyecto. Se debe comprender cuáles son los datos que se van a manejar, cuál va a ser la función que tiene que cumplir el sitio, cuáles son las interfaces requeridas y cuál es el rendimiento que se espera lograr.

4.1 IDENTIFICACIÓN Y SELECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

El análisis comienza con la identificación y selección de la información referente a la contratación estatal, dicha información se recopila a través de una serie de instrumentos que sirven de apoyo en esta etapa.

Actualmente la información mostrada en el sitio WEB se puede encontrar en el Anexo A.

La información se encuentra estructurada en cuatro capítulos, organizados debidamente para separar los diferentes niveles de complejidad que ofrece esta temática.

4.2 RECOPIACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Un factor decisivo para permitir manejar la legislación vigente relacionada directamente con el campo de la ingeniería es el levantamiento de la información.

En lo referente a las fuentes de las que procederá la información contenida en el proyecto, se puede decir que se nutre básicamente de dos tipos de documentación, como son, la normativa legal y la doctrina, esta última de suma importancia en cuanto que aclara mucha de la conceptualización y del lenguaje contenidos en las normas, que debido a la formación en el campo de la ingeniería, difiere ampliamente de aquella con la cual se aborda el campo profesional del derecho. Así que una vez identificados, se inicia la etapa de recopilación de la información o trabajo de campo cuyo objetivo es obtener los datos necesarios para desarrollar con éxito el análisis.

Una vez recolectada esta información se continúa con la etapa de preparación y análisis de los datos, la cual incluye la edición, transcripción y verificación de la información recolectada.

4.3 PREPARACIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

En esta etapa se elabora la verificación de la información consignada, incluye el análisis de aquellos documentos que se enfocan en la especificación de cómo desarrollar la contratación de Proyectos con el Estado, conceptos, teorías y metodologías que en cierta forma ayudan a contextualizar para facilitar el desarrollo del proyecto.

Una vez la información se encuentra organizada se procede a estructurar en capítulos y en estos hacer su división de temas correspondientes para la adecuada comprensión de la información, lo cual es clave para percibir el contexto y los detalles de la misma.

La información recolectada durante esta etapa, es básica durante el desarrollo de todo el proyecto y se recurre a ella no sólo durante la revisión y organización, sino también durante el análisis.

4.4 FACTORES Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN

Una vez identificada y seleccionada la información y habiendo hecho un reconocimiento general de la estructura, se inicia la etapa de análisis. Para esto se deben considerar una serie de elementos que forman parte integral del estudio y mejoramiento de todo proceso. Los factores tenidos en cuenta para el análisis de los fueron:

Usuarios

Teniendo en cuenta que el fin de todo proceso es obtener un producto o servicio de excelente calidad destinado a un usuario, las acciones deben desembocar en productos que satisfagan las necesidades del usuario y minimicen los reclamos. Para el objeto de este proyecto, la información debe contribuir con la formación integral en los principios, conceptos y procedimientos fundamentales de la contratación pública administrativa.

Tiempo

La velocidad de los cambios en el entorno actual es cada vez mayor, por esta razón, la necesidad de contar con procesos ágiles debe ser satisfecha. En gran parte, desde su concepción se busca agilizar el proceso de aprendizaje y permitir a los usuarios disponer de información en tiempo real.

Tecnología

En la medida en que la información fluya directamente entre puntos de interés, es posible suprimir la cantidad de tiempo y operaciones logrando a su vez significantes ahorros económicos. El uso correcto de las tecnologías debe suprimir el tedio de buscar la información en medios más obsoletos y de difícil entendimiento.

Normas

El conocimiento y análisis de la normatividad es un factor clave dentro del análisis. Por esto, una de las primeras actividades realizadas en la ejecución del proyecto fue la revisión de documentos tales como estatutos, reglamentos, leyes, entre otros. Para lograr un efecto positivo en el estudio, es importante que se elaboren dentro de condiciones que faciliten la comprensión y aplicación por parte de los usuarios.

Opiniones

En el trabajo de análisis es muy importante consultar a los diferentes actores del mismo. De los conceptos de estas personas usualmente surgen tanto críticas como sugerencias para tomar en cuenta en la construcción del sitio. Por esto, se tiene en cuenta la opinión que sobre el estudio proponen tanto directivos y ejecutores directos del proyecto y el personal de la Universidad en general.

4.5 EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DE LA INFORMACIÓN

Hasta este momento, se ha logrado conocer la realidad, la cual debe plasmarse y por lo tanto para la realización de esta etapa se requiere trabajar con un sentido crítico y evaluativo.

La información se debe de poder asimilar adecuadamente y de una manera eficiente los conceptos básicos para la contratación pública, esta información debe de estar bien enfocada a la actualidad y transmitida adecuadamente a los usuarios. De algún modo la información actualmente llega de manera errónea porque dentro de las carreras universitarias se considera más a los temas relacionados a ciencias exactas más que a temas como las leyes, contratos, decretos y actos administrativos entre otros.

La información que se muestre debe manejar los conceptos básicos y necesarios, del campo jurídico de la contratación que ineludiblemente están presentes en el desempeño de sus tareas profesionales, y en especial con aquellas referidas al área administrativa de la ingeniería civil.

Son muchas las obras que demandan la construcción de obras civiles y en las cuáles el Estado tiene la necesidad de contratar con el sector privado ante la imposibilidad de suplir todas las necesidades de la comunidad con tan solo los equipos y personal de los entes gubernamentales, siendo esta la génesis de la contratación estatal.

De la información recolectada y su gran volumen se estima muy importante el manejo de esta sea mediante bases de datos jurídicas, término este que engloba legislación, jurisprudencia y doctrina, ocupando esta forma de información una posición significativa, por lo idóneo de su disposición.

La información al ser puesta conjuntamente con el desarrollo de una herramienta computacional establecerá condiciones para una mejor comprensión del texto legislativo, reduciendo la incertidumbre o desconocimiento, pues a medida que se vaya interactuando con la herramienta de manera tal que al abarcar los capítulos se presente un examen que evalúe los conocimientos adquiridos para proseguir con el siguiente capítulo, y así cumplir el objetivo de formar en la observación del lenguaje legal, o sea, aquel lenguaje natural que constituye el instrumento de expresión de una legislación determinada, con el cual se choca un poco e impide en algunos casos su correcto entendimiento y, en consecuencia, esto es lo que hace más vulnerables a ciertos grupos de profesionales como los ingenieros a padecer defectos que pueden repercutir en impericias.

4.6 ALCANCES DEL PROYECTO

La herramienta permite la consulta de principios, conceptos y procedimientos fundamentales de la contratación estatal a través de Internet proporcionando un mayor soporte para los usuarios.

La información estará estructurada y organizada, su contenido dividirá en unidades temáticas de comprensible interpretación para propiciar un mejor desarrollo en las habilidades básicas en la inducción al campo de la contratación estatal.

El sitio a construir, básicamente estará basado en el modelo pedagógico de aprendizaje constructivista, el cual permite asimilar los principios y conceptos fundamentales del tema en estudio.

La evaluación para medir el grado de aprendizaje de los temas ubicados en el sitio es muy importante en la consecución de la enseñanza de conceptos de contratación estatal, por ello al final de cada capítulo se hará un examen para confrontar lo aprendido.

Se desarrollará un módulo administrador, el cual permite la actualización y/o la depuración del contenido temático legal.

El acceso al sitio Web se hará de acuerdo al perfil del usuario y se llevará un registro de sus avances.

4.7 ANÁLISIS DEL SISTEMA A DESARROLLAR

4.7.1 Requisitos del sistema.

Para determinar los requisitos funcionales del sitio, se realizó una lista de características provenientes tanto de diversas fuentes de información como de la observación de los pasos que se deben seguir en la construcción del mismo. Los requisitos se detallan a continuación:

La herramienta permitirá consultar a las personas que no estén registradas solo el contenido de los capítulos, las demás personas llamadas usuarios pueden ver la información del capítulo en el cual se encuentren, referencias a los principios, conceptos y procedimientos fundamentales de la contratación estatal

El sitio a construir, está diseñado básicamente para que la persona asimile los conceptos y los afiance, por eso al final de cada capítulo se le hace un examen para afianzar lo visto por el usuario, es por eso que el usuario tiene 3 opciones por día para presentar el examen, esto con el objetivo de que si no logra pasar es porque le falta afianzar en algún tema.

Se desarrollará un módulo administrador, el cual permite la actualización y/o la depuración del contenido temático legal. El administrador es el encargado de poder editar los registros de los usuarios, ingresar nuevas preguntas a los exámenes, verificar que la información sea la correcta, adicionar usuarios así como eliminar a los que no presenten un continuo acercamiento con la herramienta, es decir que solo entraron por unos días pero no volvieron a hacerlo, ya que se lleva un control de los días que entran al sitio, en que nivel se encuentran y demás datos personales de cada usuario.

Como se dijo anteriormente, cada usuario para acceder al sitio debe estar registrado, esto se hace al llenar un registro y cada vez que avance por nivel se llevará el respectivo control, con lo cual permite que el usuario al ingresar, lo haga con su respectivo perfil.

4.8 PRESUPUESTO

Luego de la evaluación de los diferentes conceptos y requerimientos que involucran costos en la elaboración del proyecto, se estimó la suma de **\$14.954.000** como el valor necesario para su elaboración. Este valor es justificado a continuación, los conceptos se presentan discriminados en categorías para una mejor organización y contabilidad.

Tabla 1. Presupuesto estimado.

APORTES: UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER				
CONCEPTO	VALOR/UNIDAD DE TIEMPO. [MES]	DEDICACIÓN POR MES *	CANTIDAD DE MESES	SUBTOTAL
RECURSO HUMANO				
Director de Investigación	5'000.000	0.05	6	1'500.000
Codirectores (2) de Investigación	3'500.000	0.05	6	1'050.000
Ingenieros (2)	1'600.000	0.5 * 2	6	9'600.000
			SUBTOTAL(1)	12'150.000
EQUIPO				
Computador	220.000	1	6	1'320.000
Oficina de trabajo	150.000	1	6	900.000
SERVICIOS				
Acceso a Internet	60.000	0.5	6	180.000
SUMINISTROS				
Fotocopias	50	300	6	90.000
Papelería	20	200	6	24.000
CD	5.000	3	6	90.000
Tintas				200.000
			SUBTOTAL(2)	2'804.000
TOTAL PROYECTO				14'954.000

*Se tomaron 40 horas laborales, 5 días a la semana (8 horas diarias).

5. DISEÑO

El diseño responde a la forma como el sitio con los requerimientos identificados durante la fase de análisis. Se comenzará identificando lo que se debe generar, se concretarán los detalles procedimentales y las interfaces que este debe llevar. En esta fase se muestra lo que serán las interfaces de la herramienta, y la manera en que se consultará la información. Se hace un diseño general de toda la arquitectura y el soporte que tendrá la herramienta, se especifican los conjuntos de salidas y las posibles respuestas esperadas como entrada y se realiza un bosquejo de todos los aspectos que contendrá la herramienta.

5.1 DISEÑO DE LA INTERFAZ

La interfaz de usuario es la que va a determinar que tan utilizable y funcional va a ser el sitio. Es necesario que la interfaz de usuario posea estándares claros, los cuales permitan al usuario sentirse cómodo al usar la herramienta.

Luego de un análisis de las características requeridas para la presentación de la interfaz a desarrollar se seleccionaron los siguientes lineamientos:

- *Distribución consistente:* Las pantallas deben caracterizarse por una distribución homogénea de texto, imágenes y controles gráficos.
- *Flujo de la navegación:* El paso de una pantalla a otra debe de ser coherente con el trabajo que intente realizar el usuario.
- *Evitar la saturación de las pantallas:* El acaparamiento de pantallas para mostrar información requerida por el usuario es un factor fundamental en la interfaz de la

herramienta, se espera que el usuario vea en cada pantalla lo necesario, sin recargos de información.

5.1.1 Pagina Principal

Teniendo en cuenta las distintas fases que debe cubrir el proyecto, se distribuyó la información en áreas y se estableció el siguiente diseño de interfaz para la herramienta.

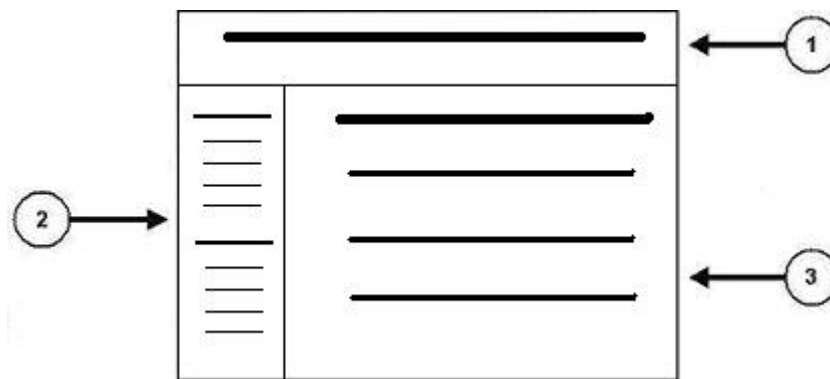


Figura 8. Prototipo de la interfaz de la herramienta.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. En esta parte se muestra toda la información la cual se accede por medio del menú de navegación (Nº 2), y que corresponde a la información de los capítulos, registro de cuentas, iniciar una sesión, mirar su estado, cerrarla, descargar documentos e ingresar a la sección del administrador. Al cargar la página inicial esta mostrara un mensaje de bienvenida al usuario.

5.1.2 Contenido de Capítulos

Una vez se haya seleccionado dentro del menú de navegación algún contenido de capítulo, se presenta una página con la siguiente estructura:

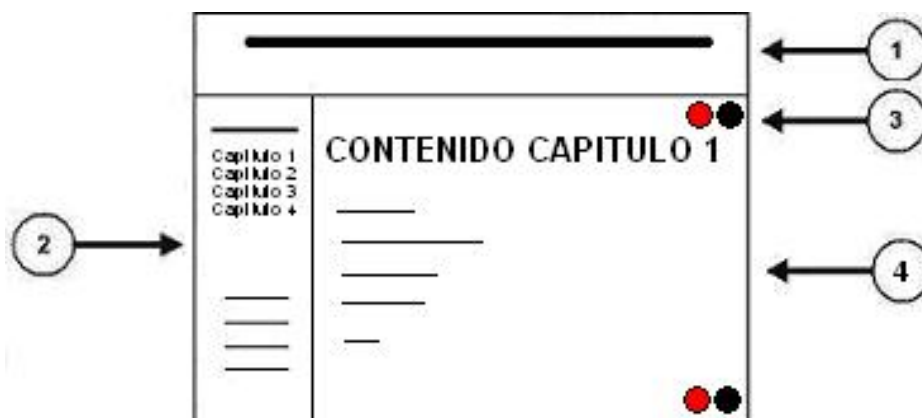


Figura 9. Prototipo página de contenidos de capítulos.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Al ingresar al contenido de los capítulos en la esquina superior e inferior de la parte izquierda del frame aparecen dos botones de navegación en el caso de que el contenido sea más de una página.
4. En esta parte se muestra toda la información a la cual se ha accedido, en este caso el contenido de capítulos.

5.1.3 Registro

Una vez se haya seleccionado dentro del menú de navegación la opción de registro, se presenta una página con la siguiente estructura:



Figura 10. Prototipo página de registro.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Al ingresar a registrar un nuevo usuario en la página aparecerán una serie de datos que el usuario debe llenar como el login, la contraseña y una serie de datos personales que son necesarios para completar el registro.

5.1.4 Cuenta

Una vez se haya seleccionado dentro del menú de navegación la opción de cuenta, se presenta una página con la siguiente estructura:

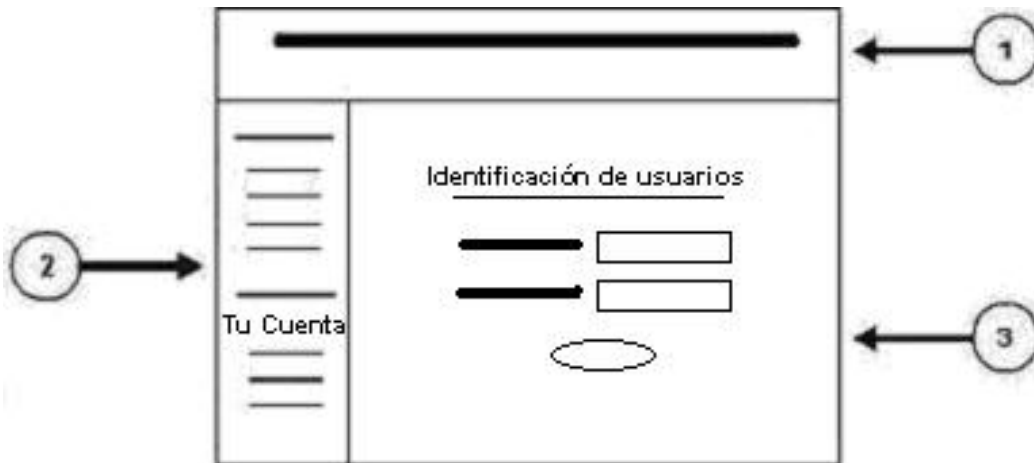


Figura 11. Prototipo página de cuenta – inicio de sesión.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Al ingresar a registrar a cuenta, se pide a continuación el nombre del usuario o login con su respectiva contraseña.

Después de ingresar correctamente y de acuerdo a su nivel accede a la información del capítulo, se presenta una página con la siguiente estructura:

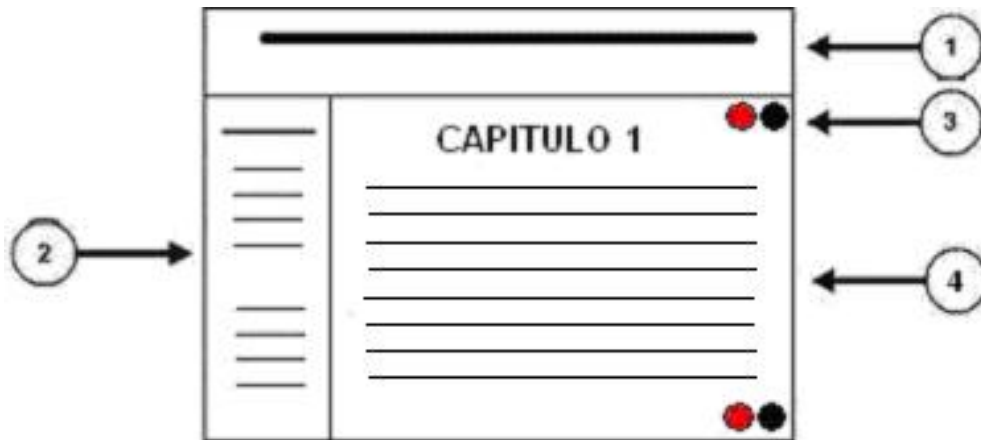


Figura 12. Prototipo pagina de capítulos.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Al ingresar al capítulo en la esquina superior e inferior de la parte izquierda del frame aparecen dos botones de navegación.
4. En esta parte se muestra toda la información a la cual se ha accedido, en este caso el capítulo completo, al final de este habrá un vínculo para el examen que evaluara el paso al siguiente capítulo.

Al finalizar el capítulo, se presenta una página con la siguiente estructura:

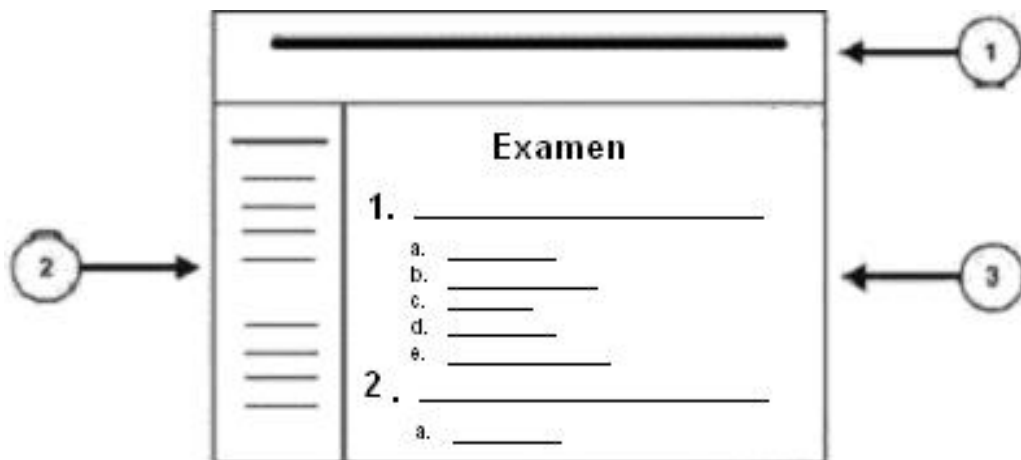


Figura 13. Prototipo página de examen.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Aquí se encuentra el examen de 10 preguntas, 5 de opción múltiple con única respuesta, y 5 de opción múltiple con múltiple respuesta. Al pasar el examen se accede al siguiente capítulo.

En cualquier momento en el menú de navegación se encuentra la opción de cerrar la sesión o mirar el estado de la cuenta, el primero cierra toda conexión con la herramienta y es necesario iniciar nuevamente sesión para retomar la información, en el estado se pueden ver los datos personales y el nivel en el que se encuentra el usuario.

5.1.5 Descargas

Una vez se haya seleccionado dentro del menú de navegación la opción de descargas, se presenta una página con la siguiente estructura:

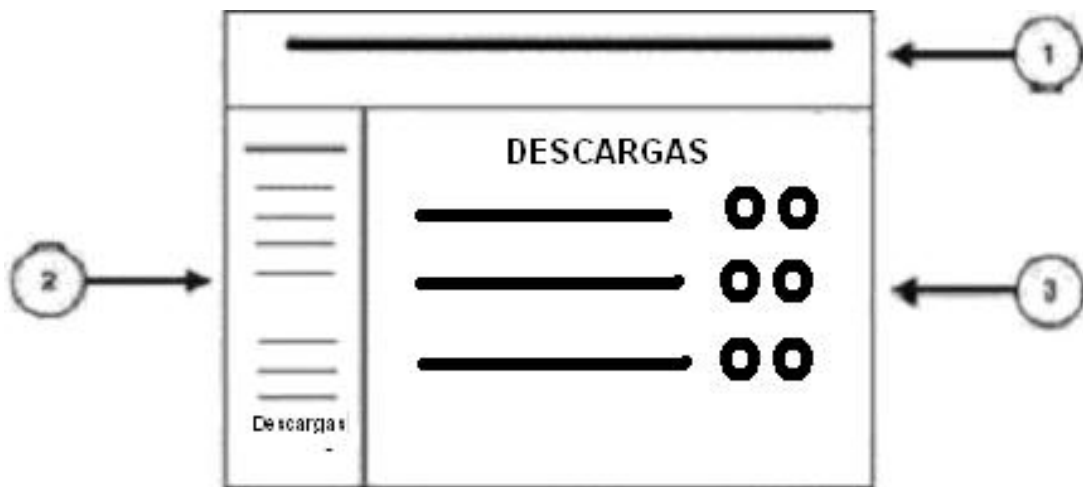


Figura 14. Prototipo página de descargas.

1. En esta parte se encuentra el título del sitio, esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
2. Se encuentra el Menú de navegación, de introducción, de capítulos, de estados de cuenta, de registro, de descargas y acceso a la sección del administrador. Esta parte permanecerá estable en todo momento de navegación.
3. Aquí se encuentra la zona de descargas de documentos, se pueden descargar en formato word como en formato pdf.

5.1.6 Administrador

Una vez se haya seleccionado dentro del menú de navegación la opción de administrador (link oculto), y de haber ingresado correctamente el nombre de administrador y contraseña, se presenta una página con la siguiente estructura:

5.2 DISEÑO DE LA BASE DE DATOS

Este proceso de diseño de la base de datos es fundamental para tener un modelo de datos que cumpla con los requerimientos del usuario. El primer paso para crear una base de datos, es planificar el tipo de información que se quiere almacenar en la misma, teniendo en cuenta dos aspectos: la información disponible y la información que se necesita.

Es necesario hacer un proceso de selección de aquellas tablas o entidades que harán parte de la base de datos y que servirá de soporte para toda la información que se maneje.

En nuestro caso, el modelo de datos planteado incluye una serie de tablas que conforman la base de datos y que constituye la fuente de información para el proceso del manejo en la herramienta. A continuación se describen brevemente las tablas que conforman la base de datos y sus atributos correspondientes.

Tabla 2. Tabla adm

NOMBRE	DESCRIPCIÓN	TIPO
id_adm	Identificador del administrador	Varchar(10)
nom_adm	Nombre del administrador	Varchar(50)

Tabla 3. Tabla preguntas

NOMBRE	DESCRIPCIÓN	TIPO
id_preg	Código de la pregunta	Smallint(6)
pregunta	Enunciado de la pregunta	Long text
opcia	Opción a de la pregunta	Tinytext
opcib	Opción b de la pregunta	Tinytext
opci	Opción c de la pregunta	Tinytext
opcia	Opción d de la pregunta	Tinytext
opcie	Opción e de la pregunta	Tinytext
respuesta	Respuesta correcta de la pregunta	Varchar(4)
tiempo	Tiempo estimado de respuesta	Int(2)

Tabla 4. Tabla usuarios

NOMBRE	DESCRIPCIÓN	TIPO
id	Número de usuario	Smallint(6)
usuario	Identificador del usuario	Tinytext
pass	Password del usuario	Tinytext
nivel_acceso	Nivel actual del usuario	Smallint(4)
nom_ape	Nombres y apellidos del usuario	Varchar(40)
mail	Mail del usuario	Varchar(30)
sexo	Sexo del usuario	Char(1)
nac	Fecha de nacimiento del usuario	Date
dir	Dirección de residencia del usuario	Varchar(30)
pais	País de residencia del usuario	Varchar(20)
dpto	Departamento de residencia del usuario	Varchar(20)
provi	Ciudad de residencia del usuario	Varchar(20)

profe	Profesión del usuario	Varchar(30)
fecha_visita	Fecha de ultima visita del usuario	Date
num_visitas	Número de visitas del presente día	Int(11)

Para la construcción de la base de datos se utilizó el sistema de administración relacional de bases de datos MySQL versión 4.0.1.2 el cual maneja las tablas InnoDB, que permite trabajar con integridad referencial y transacciones, además de permitir guardar gran cantidad de registros.

6. IMPLEMENTACIÓN

Esta fase implica la construcción de la herramienta con lo estipulado en el diseño. Se inicia con la elaboración de la interfaz que cumpla con los requerimientos necesarios, según lo especificado en la fase anterior y con los demás requerimientos descritos en las fases.

En esta fase se realizó el desarrollo de las diferentes secciones de la herramienta dejando un producto en su versión operativa inicial, es decir, el producto tiene la calidad adecuada para su aplicación y cumple con los requisitos establecidos en la fase de análisis.

6.1 ESTRUCTURA DEL SITIO



Figura 15. Página principal.

La anterior figura muestra la página que se abre al acceder a la herramienta.

Esa es la página principal, desde la cual se puede acceder a los contenidos de los capítulos, registrarse, iniciar sesión, descargar documentos y acceder a la sección del administrador. A continuación se detalla como esta constituido el sitio y las funcionalidades de las distintas secciones.

6.1.1 Mapa Del Sitio

La página principal de entrada al sitio se llama **index.html**. El sitio Web presenta la siguiente distribución en cada una de sus secciones:

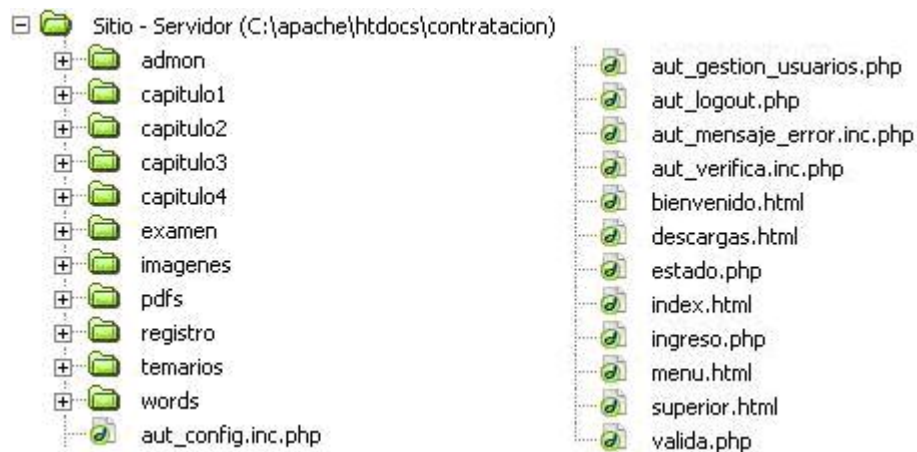


Figura 16. Mapa del sitio.

6.2 Secciones

6.2.1 Sección Contenido de Capítulos

A estas páginas se accede sin tener que estar registrado, lo único que se muestran son los títulos de los temas que se encuentran en cada capítulo como

información a las personas que visiten el sitio y si les interesa conocer mas a fondo la información deben realizar el correspondiente registro.

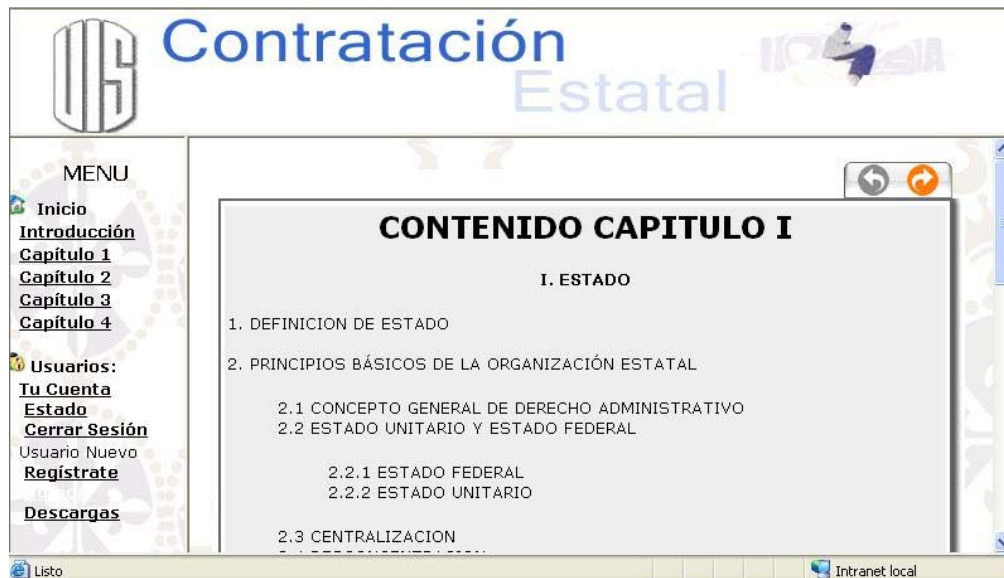


Figura 17. Contenido Capítulo 1.

En estas páginas se encuentran los contenidos de los cuatro capítulos, los primeros tres capítulos con dos títulos y el cuarto capítulo con cuatro.

6.2.2 Sección Cuenta

The image shows a web application interface for 'Contratación Estatal'. At the top left is a logo consisting of the letters 'UG' inside a square. To its right, the text 'Contratación Estatal' is displayed in a blue serif font. Further right is a small graphic of a person sitting at a desk. Below the header is a sidebar menu titled 'MENU' with the following items: 'Inicio', 'Introducción', 'Capítulo 1', 'Capítulo 2', 'Capítulo 3', 'Capítulo 4', 'Usuarios:', 'Tu Cuenta', 'Estado', 'Cerrar Sesión', 'Usuario Nuevo', 'Regístrate', and 'Descargas'. The main content area is dominated by a large, semi-transparent orange box titled 'Identificación de Usuarios'. Inside this box, there are two input fields: 'Login :' with the letter 'a' entered, and 'Contraseña :' with four dots. Below these fields is an orange button labeled 'Entrar'. The background of the page is a light beige color with a large, faint, repeating floral or scrollwork pattern. At the bottom left of the browser window, the text 'Listo' is visible, and at the bottom right, 'Intranet.local' is shown.

Figura 18. Iniciar sesión.

La página de iniciar sesión es con la cual se le pide al usuario su login y su contraseña, esta es validada y si los datos ingresados son correctos la pagina que se muestra a continuación corresponde al capítulo del nivel en que se encuentra el usuario, para el ejemplo se accede al capítulo 2 como se muestra en la siguiente figura.



Figura 19. Capítulo 2.

Al final de cada capítulo para evaluar los conocimientos adquiridos se presenta un examen como se puede apreciar en la siguiente figura.

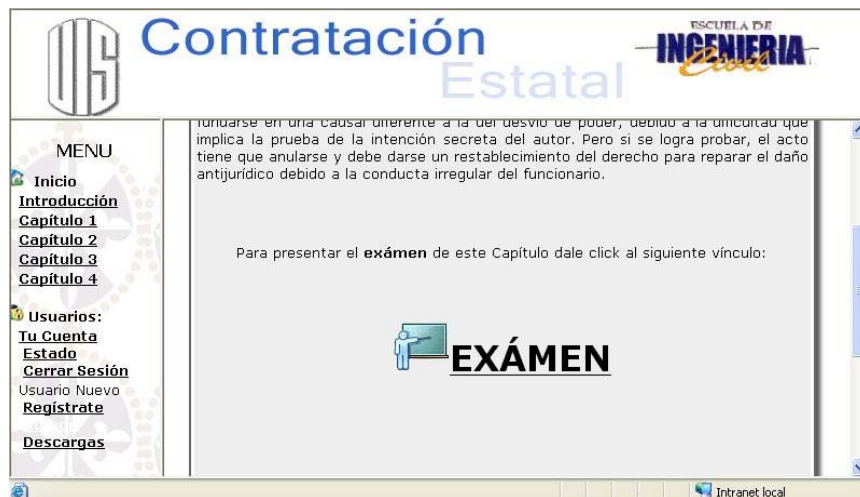


Figura 20. Vínculo de Examen.

El examen consta de diez preguntas, cinco de opción múltiple con única respuesta y las otras cinco de opción múltiple con múltiple respuesta. En la página se

presenta un tiempo el cual es la suma de tiempos por cada pregunta y es el que tiene el usuario para contestar el examen. A continuación se muestra un tipo de examen del segundo capítulo.

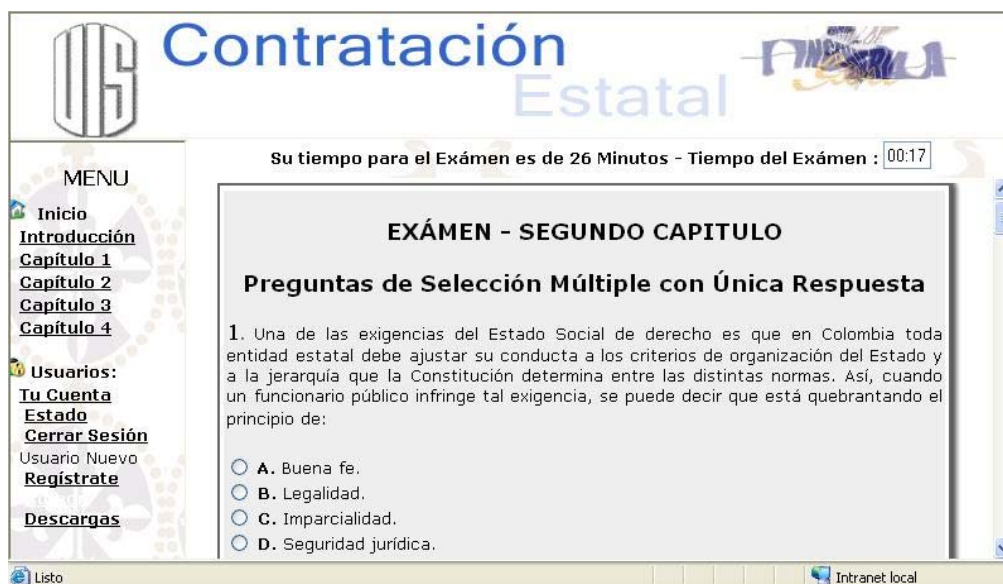


Figura 21. Examen Segundo capítulo.



Figura 22. Sobrepaso de intentos.

Cabe anotar que cada vez que se ingrese al examen este cambia, las preguntas son escogidas aleatoriamente haciendo que ningún examen sea igual, además la persona que ingrese solo podrá acceder máximo 3 veces por día para presentarlo, después aparecerá una pagina como en la anterior figura.

6.2.2.1 Sección Estado

En cualquier momento después de que se ha iniciado una sesión es posible ver el estado de la cuenta, allí se mostrara entre otros el login, el nivel de acceso y demás datos personales llenados durante el registro. En la siguiente figura se puede apreciar el estado de un usuario..



Figura 23. Estado de cuenta.

6.2.3 Sección Registro

En la sección de registro es necesario llenar una serie de datos personales y de usuario. Este es necesario para poder acceder a la información de los capítulos. En la siguiente figura se puede apreciar la forma en que se hace el registro.

The screenshot shows a web interface for 'Contratación Estatal'. The header includes a logo on the left and the text 'Contratación Estatal' in the center, with a smaller logo on the right. A sidebar menu on the left lists: 'MENU', 'Inicio', 'Introducción', 'Capítulo 1', 'Capítulo 2', 'Capítulo 3', 'Capítulo 4', 'Usuarios:', 'Tu Cuenta', 'Estado', 'Cerrar Sesión', 'Usuario Nuevo', 'Regístrate', and 'Descargas'. The main content area is titled 'registro' and contains the following text: 'NUEVO USUARIO', 'Usarás tu login (identificador) y tu contraseña para acceder a los servicios. Los campos marcados con (*) son obligatorios.', 'Elige tu Login (identificador) [input type="text"] (*)', 'Elige un identificador (login) entre 3 y 32 caracteres de extensión. Puedes usar todas las letras, excepto ñ y tildes. Son válidos los guiones, los números, el subrayado y el punto.', and 'Elige tu contraseña [input type="text"] (*)'. The browser's status bar at the bottom shows 'Listo' and 'Intranet: local'.

Figura 24. Registro de cuenta.

Después de haber llenado el registro y haber completado todos los datos requeridos aparece una página confirmando que se ha efectuado el registro mostrando el nombre de usuario y contraseña escogida. En la siguiente figura se muestra un ejemplo.



Figura 25. Registro de cuenta completado.

6.2.4 Sección de Descargas

La sección de descargar es una sección pública y en ella se pueden descargar documentos relacionados con la contratación estatal.



Figura 26. Sección de descargas.

6.2.5 Sección de Administrador



Figura 27. Inicio de sesión del administrador.

En la figura anterior se puede observar que el administrador debe escribir su nombre y su contraseña para poder acceder a realizar las acciones como tal, y que son las de realizar nuevos registros, así como realizar consultas, borrado y ediciones de registros. En la siguiente figura se aprecia la página que se desprende a iniciar la sesión como administrador.



Figura 28. Sección de administrador.

Si escogemos la opción 1 la pagina que se carga es la de hacer un nuevo registro de usuario como se aprecia en la siguiente figura.

The screenshot shows the 'Contratación Estatal' website interface. The header includes the logo 'ESCUELA DE INGENIERIA Civil' and the title 'Contratación Estatal'. A navigation menu on the left lists 'Inicio', 'Introducción', 'Capítulo 1', 'Capítulo 2', 'Capítulo 3', 'Capítulo 4', 'Usuarios:', 'Tu Cuenta', 'Estado', 'Cerrar Sesión', 'Usuario Nuevo', 'Regístrate', and 'Descargas'. The main content area is titled 'Datos Personales' and contains a registration form with the following fields: 'Login:', 'Contraseña:', 'Nombres y Apellidos:', 'Email:', 'Dirección:', 'Fecha de Nacimiento:' (with dropdowns for 'Día' and 'Mes'), 'Sexo:' (radio buttons for 'Hombre' and 'Mujer'), 'País:', and 'Departamento:'. The status bar at the bottom shows 'Listo' and 'Intranet local'.

Figura 29. Nuevo registro de usuario.

Dentro de esa página aparecen otros dos vínculos, uno de ellos lleva a realizar un nuevo registro de preguntas, tal como se aprecia en la siguiente figura.

The screenshot shows the 'Contratación Estatal' website interface with the 'Preguntas' tab selected. The navigation menu on the left is identical to the previous figure. The main content area is titled 'Preguntas' and contains a form with three input fields labeled 'Pregunta', 'Opción A', and 'Opción B'. The status bar at the bottom shows 'Intranet local'.

Figura 30. Nuevo registro de preguntas.

El otro vínculo que hay es el de realizar un nuevo registro de administrador en el caso de nombrar a otra persona como administrador. La siguiente figura muestra la pagina de registro de un nuevo administrador

The screenshot displays the 'Contratación Estatal' website interface. At the top, there is a logo on the left and the text 'Contratación Estatal' in the center, with 'ESCUELA DE INGENIERIA Civil' on the right. Below the header, a navigation bar contains three tabs: 'Datos Personales', 'Preguntas', and 'Administradores', with 'Administradores' being the active tab. On the left side, a 'MENU' is visible with links for 'Inicio', 'Introducción', 'Capítulo 1', 'Capítulo 2', 'Capítulo 3', 'Capítulo 4', 'Usuarios', 'Tu Cuenta', 'Estado', 'Cerrar Sesión', 'Usuario Nuevo', 'Regístrate', and 'Descargas'. The main content area features a registration form with two input fields: 'Contraseña:' and 'Nombre del Administrador:'. A 'Guardar' button is positioned below the fields. The status bar at the bottom shows 'Listo' on the left and 'Intranet local' on the right.

Figura 31. Nuevo registro de administrador.

En la opción 2 hay 3 distintos vínculos, el primero de ellos es el de usuarios, esta pagina muestra los registros de los usuarios del sitio, toda la información recolectada del registro se encuentra allí y es acá donde se puede eliminar el registro o modificarlo. La siguiente figura muestra en detalle la pagina.



Figura 32. Consulta de usuarios.

El segundo vínculo es el de preguntas, esta página muestra los registros de las preguntas con sus opciones, respuestas y tiempos, esos registros pueden ser eliminados o modificados desde allí. La siguiente figura muestra en detalle la pagina.



Figura 33. Consulta de preguntas.

El tercer vínculo es el de administradores, esta página muestra los registros de los administradores, desde aca se pueden eliminar los registros o modificarlos. La siguiente figura muestra en detalle la pagina.



The screenshot shows the 'Contratación Estatal' website interface. On the left is a navigation menu with links for 'Inicio', 'Introducción', 'Capítulo 1', 'Capítulo 2', 'Capítulo 3', 'Capítulo 4', 'Usuarios:', 'Tu Cuenta', 'Estado', 'Cerrar Sesión', 'Usuario Nuevo', 'Regístrate', and 'Descargas'. The main content area displays a table with two rows of administrator data. The table has four columns: 'Contraseña', 'Nombre', 'Editar', and 'Borrar'. The first row shows a password of '0044' and a name of 'neo'. The second row shows a password of '1521' and a name of 'jatoloza'. Each row has 'Editar' and 'Borrar' buttons. The page footer includes 'Listo' and 'Intranet local'.

Contraseña	Nombre	Editar	Borrar
0044	neo	<input type="button" value="Editar"/>	<input type="button" value="Borrar"/>
1521	jatoloza	<input type="button" value="Editar"/>	<input type="button" value="Borrar"/>

Figura 34. Consulta de administradores.

CONCLUSIONES

1. Con el desarrollo de este proyecto se logró la estructuración y organización de los principios, conceptos y procedimientos fundamentales que describen y reglamentan de una manera clara y concisa el proceso de contratación entre el Estado y los particulares.
2. El sitio Web utilizado como medio para facilitar el proceso de aprendizaje de los estudiantes procura constituirse en una herramienta de uso ágil y dinámico, contribuyendo con la divulgación y asimilación de los principios y conceptos fundamentales de la estructura normativa y política en el campo ético y administrativo de la ingeniería, constituyéndose en un excelente soporte académico para todos los estudiantes en general.
3. El proceso de evaluación utilizado como elemento de medida del grado de asimilación de los contenidos por parte del usuario ofrece buenos resultados, siempre y cuando se haga una lectura exhaustiva de todos y cada uno de los temas integrantes del capítulo en estudio. Igualmente contribuye en el desarrollo de las competencias interpretativas, argumentativas y propositivas, aspectos estos esenciales en el actual proceso de formación seguido en la educación.
4. Se considera que el trabajo realizado es un aporte muy útil para la comunidad universitaria, ya que contribuye en el proceso de formación integral, desarrollando competencias en el campo ético, político y profesional del ingeniero UIS.
5. En lo personal, el desarrollo del proyecto permitió enriquecer altamente nuestro proceso de formación no solo como ingenieros sino como personas, como ciudadanos, elevando nuestras competencias tanto en el manejo de los respectivos temas como en la consolidación de nuestra estructura ética y de valores.

RECOMENDACIONES

1. Considerando la importancia de mantener actualizada la información en materia legal y teniendo en cuenta la velocidad de los cambios en el campo de la contratación estatal, en donde se incluye el desarrollo jurisprudencial y doctrinario así como los cambios en la legislación vigente, se recomienda a las escuelas de ingeniería Civil así como la escuela de Ingeniería de Sistemas la conformación de nuevos grupos de estudiantes en proyectos de grado que trabajen en la actualización y ampliación de los contenidos temáticos del presente proyecto.
2. El desarrollo de todo tipo de proyectos en el área de la investigación debe estar precedido de recopilación y análisis de la información que se va a utilizar como base o soporte. Por esto, se considera que en futuros proyectos de ingeniería realizados en materia de contratación pública se trabaje inicialmente en el enfoque presentado en este proyecto y así continuar la etapa de desarrollo.
3. Se sugiere continuar mejorando el aspecto técnico del sitio web, velarse por su integridad, adecuada utilización y buena presentación, además garantizarse su actualización, ampliación y difusión en concordancia con los requerimientos académicos y profesionales de los actuales ingenieros y con los objetivos y políticas de la Universidad en particular y del Estado en general.
4. Teniendo en cuenta la complejidad del lenguaje jurídico involucrado en la contratación estatal así como la apatía mostrada por la mayoría del estudiantado de las ingenierías en el tema, se recomienda que las futuras actualizaciones y/o ampliaciones de este proyecto, se lleven a cabo por medio del trabajo interdisciplinario con la Escuela de Derecho y la Escuela de Sistemas e informática respectivamente, para suplir gran parte de los inconvenientes antes señalados.

BIBLIOGRAFIA

AYALA CALDAS. Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. 1ª edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1999.

AYALA CALDAS. Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2002.

BAUTISTA MOLLER, Pedro José. Licitaciones, contratos y sanciones. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

CATÁLOGO DE PREGRADO. Escuela de Ingeniería Civil. UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER. Bucaramanga, 2000.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Decreto 01 de 1984.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública. Edit. Astrea. 1981. (p.3)

ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: Ley 80 de 1993.

ESCOBAR GIL, Rodrigo, teoría general de los contratos de la administración pública, Legis, Bogota, 1999.

FERREIRA DELGADO, francisco. Delitos contra la administración publica. Editorial Temis, 1.992.

FIERRO MENDEZ, Heliodoro: La responsabilidad penal en los contratos administrativos. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2001.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho de daños. Madrid. Civitas, 1999.

HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. Edit. TEMIS, undécima edición, Bogotá, 1998.

INFORMÁTICA Y DERECHO. Tomo V. compendio del III Congreso Internacional Sobre Informática y Derecho. Madrid, 2000.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los actos de la administración pública, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. Manual de Derecho Contencioso Administrativo, Control Fiscal, Jurisdicción Coactiva. Legis. 1ª Edición, 2003.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual. 9ª edición, Biblioteca jurídica DIKE, Bogotá, 1996.

MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y sinopsis de la constitución de 1991, editorial Doctrina y ley, Bogotá, 1992.

MORA CAICEDO, Esteban. Derecho administrativo y procesal administrativo. Tercera edición, editorial Leyer, Bogotá, 2001.

PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis. 1990.

RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. 2ª edición. Bogotá, Edit. Temis. 2000.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Grupo editorial LEYER, Bogotá, 2000.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Contratos administrativos, Editorial librería profesional, Bogotá, 1985.

RODRIGEZ RODRIGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia. 8ª edición, TEMIS, Bogotá 2001.

PENAGOS. Gustavo. El acto administrativo. Tomo I. 5ª edición. Librería del profesional. Bogotá, 1992.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Tomo II. 3ª edición. 1.998.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo I, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Contratación administrativa. Librería del profesional, Bogotá, 1997.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Práctica Administrativa. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 6ª edición. 1.999.

TORRENTE BAYONA, César. La nueva contratación estatal. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1994.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Biblioteca Banco Popular. Séptima edición. Bogotá, 1980.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima edición. Editorial TEMIS. Bogotá, 1994.

GRECH, Pablo. Introducción a la Ingeniería - Un enfoque a través del diseño. Primera Edición. Editorial Prentice Hall. Bogotá. 2001.

<http://www.monografias.com/trabajos11/anasiste/anasiste.shtml>

PRESMAN, Roger S. Ingeniería del Software - Un enfoque práctico. Cuarta Edición. Editorial McGraw Hill. México. 1998.

MCCONNELL, Steve. Desarrollo y Gestión de Proyectos Informáticos. Primera Edición. Editorial McGraw Hill. Madrid. 1997.

RATSCHILLER, Tobias. Gerken, Till. Creación de Aplicaciones Web con PHP 4. Primera edición. Prentice Hall. España, 2001.

<http://www.php.net>

CARCAMO SEPULVEDA, José. Bases de Datos Relacionales: Un enfoque práctico de diseño. Universidad Industrial de Santander. 1994.

MATHEW, Neil y STONES, Richard. Principio de Bases de Datos con MySQL. Editorial Wrox. 2001.

<http://www.mysql.com>

HERNÁNDEZ, Michael J. VIESCAS, Jhon L. *SQL Queries for mere mortals*. Editorial Addison-Wesley. Año 2000.

ANEXO A. CONTENIDO TEMATICO

I. ESTADO

“Mi ideal político es el democrático, cada uno debe ser respetado como persona y nadie debe ser divinizado.”

Albert Einstein (1879-1955)

-Físico alemán-

1. Definición

Los Estados son la expresión organizativo-política de los pueblos con aspiraciones e intereses propios para su conservación y desarrollo. Teniendo como característica la institucionalización de los requerimientos de tipo político, económico, social y cultural, siendo estos conceptos manejados de manera diferente entre Estados diferentes. Según el tratadista MENDOZA PALOMINO¹⁹:

“Cada Estado tiene su propia identidad, la cual se manifiesta en el nombre que adopta, en su tipología, fundamentos y objetivos. Es por estos motivos que juega un papel fundamental la Constitución de un país, ya que es ella quien debe establecer expresamente dicha identidad.”

2. Principios básicos de la organización estatal

Antes de abordar el tema del poder público, es conveniente dar un breve bosquejo a algunos principios y conceptos básicos que se encuentran en la base de la organización de cualquier Estado, a saber:

- El principio de la separación de los poderes públicos.
- El concepto general del Derecho Administrativo.
- El Estado federal y el Estado unitario.
- Conceptos de centralización, desconcentración, descentralización y el de persona jurídica.

¹⁹ MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y sinopsis de la constitución de 1991. Bogotá: Doctrina y ley, 1992. p. 17.

2.1 Principio de la separación de los poderes

Uno de los aspectos fundamentales en el estudio de un Estado, consiste en saber cual es la forma como se encuentra organizado para ejercer su poder. Es así como Estados diferentes poseen formas diferentes de organización, pero que a fin de cuentas lo que se pretende resolver con estas formas es el problema de la *monopolización o reparto del poder*.

La historia de la separación de los poderes públicos en realidad tienen origen en la antigua Grecia, cuando los grandes pensadores concibieron las primeras muestras de democracia, ideas que al menos en su concepción teórica fueron defendidas por filósofos de la época medieval pero sin la obtención de ningún resultado práctico.

En etapas anteriores, el poder de un Estado, villa o comarca residía en cabeza de un único gobernante, llámese este rey, príncipe, emperador o monarca, etc. Época esta donde se consideraba que eran ellos quienes tenían todos los derechos, y que los demás miembros de su comunidad no poseían ningún derecho frente a las autoridades encabezadas por el gobernante. Los principales ejemplos históricos de esto, se encuentra en la Francia pre-revolucionaria y como cita concreta es famosa la expresión del rey Luis XIV: “*el Estado soy yo*”²⁰.

Ya a partir del siglo XVIII, es cuando comienza la idea de que el poder no pertenece exclusivamente al gobernante, ni a un pequeño grupo de personas que se hacía llamar la autoridad, sino por el contrario, el poder pertenece es a toda la comunidad, por que la soberanía reside en el pueblo y es de él donde emana el poder público. La idea anterior, no es más que la esencia de la democracia e históricamente es al filósofo francés JEAN JEACQUES ROUSSEAU a quien se le ha conocido la paternidad de dicha idea. Debido principalmente a que fue él quien la presentó en el momento histórico más adecuado, permitiendo así su implementación revolucionaria en los Estado Unidos y en Francia.

Ahora bien, se sabe que el poder dejó de residir en cabeza de un solo monarca y pasó a pertenecer a toda la comunidad produciéndose así algo inevitable: su difusión. Por lo tanto se hace indispensable establecer mecanismos prácticos que controlen o canalicen el ejercicio de ese poder y así garantizar el necesario orden social.

Cuando la humanidad se hace la anterior reflexión es cuando aparece el aporte de MONTESQUIEU, quien desarrolló la idea que el poder público no es en realidad un solo poder como venía siendo entendido, sino que era necesario distinguir claramente tres poderes separados: el legislativo, ejecutivo y judicial. Donde cada uno de estos poderes tenía funciones diferentes, por ejemplo el legislativo se encargaría de dictar las normas generales que regirían en la comunidad, el ejecutivo se encargaría de aplicarlas y el poder

²⁰ RODRIGEZ RODRIGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia. 8 ed. Bogotá: TEMIS, 2001. p. 2.

judicial tendría la función de resolver los conflictos producto de aplicar las normas generales necesarias para la convivencia en comunidad.

MONTESQUIEU, en su concepción original formuló la separación de una manera rígida, de tal forma que al poder legislativo le correspondería ejercer total y exclusivamente la función legislativa y no otra, así con los demás poderes. Para llegar a concebir de esta manera sus postulados MONTESQUIEU parte de la idea que todo hombre que tiene poder en algún momento se siente tentado a abusar de él, de tal manera que se hace necesario dividirlo para impedir futuras arbitrariedades.

“Fue así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 en su artículo 16 consagró el principio según el cual toda sociedad en la cual la separación de poderes no esté consagrada, debe considerarse como desprovista de Constitución, a partir de entonces, un gran número de Estados han tomado como base de su organización política este principio de la separación de los poderes.”²¹

Hoy día estos conceptos en su esencias se mantienen, pero antes de reinar el solo principio de la separación de los poderes planteado por MONTESQUIEU, éste rige de manera simultánea con otro conocido principio que es el de la “colaboración armónica”, así lo expresa la última Carta Política de 1991 en su artículo 113 cuando conceptúa que los órganos o ramas de el poder público “tienen funciones separadas” agregando mas adelante “pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”. Así, en virtud del principio de colaboración, algunas veces la rama ejecutiva ejerce funciones legislativa y judicial; la rama legislativa funciones ejecutivas y judiciales y la judicial ejerce algunas funciones ejecutivas y colabora con el ejercicio de la función legislativa.

Pero la Constitución Política no solo reconoce la existencia de los tres poderes y su continúa colaboración, sino que ha avanzado mas allá conforme a las nuevas teoría del Estado moderno y en su mismo artículo 113, a renglón seguido manifiesta que “además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.

Esto último hace referencia a que en Colombia se ha adoptado como esquema básico de organización del poder público la separación de los poderes de MONTESQUIEU, el cual ha sido modificado su en su forma pero no en su esencia porque se permite la colaboración armónica de las ramas y en una ampliación del esquema básico, se reconoce la existencia de órganos autónomos he independientes de la rama del poder público: “el ministerio público y la Contraloría General de la República son órganos de control” (C.P., art. 117) y el artículo 120 de la misma Carta Política se refiere a “la organización electoral”, teniendo ésta a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas. Finalmente, la nueva Carta Política en su título XI lo

²¹ *Ibíd.* p. 3

dedica a la “organización territorial”, que no es mas que la estructura del poder público en los órdenes seccional y local del territorio colombiano.

2.2 Concepto general de derecho administrativo

Al caer los regímenes absolutistas en el mundo, se genera la necesidad de estudiar el derecho administrativo, como una manera de marcar o reglar la actividad de la administración pública. Cuando el derecho administrativo hace su entrada al mundo jurídico, como es obvio, llega con todos los elementos que lo integran: el derecho civil, el derecho comercial, derecho constitucional etc., y cada uno de esos componentes, ya tenían su propio territorio haciéndose necesario delimitar las fronteras que realmente corresponden a otras disciplinas jurídicas, para así, delimitar el territorio de cada uno.

Lo anterior no quiere decir que la separación deba ser absoluta, como de antaño fue entendida. Por el contrario, no existen abismos que imposibiliten las comunicaciones de cada disciplina que lo integran como hoy día se conoce al leer el moderno derecho administrativo.

Según algunos sectores de la doctrina internacional el derecho administrativo tiene un claro origen Francés, y es un derecho separado y distinto del que rige la conducta entre los particulares. Nacido, para romper la contradicción entre dos principios de extrema importancia histórica en la revolución francesa: la separación de los poderes públicos y el Estado de Derecho. Principios estos que mas adelante serán analizados.

Para salvar la contradicción, la administración es sometida a su propio control, es decir, es el mismo gobierno quien resuelve los conflictos originados entre la administración pública y los particulares; y para proceder de manera imparcial, o sea, ajustado a derecho, lo hace con la colaboración del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura, ambos en esa época tenían la calidad de simples cuerpos consultivos.

“El Consejo de Estado cumple así, además de las funciones de asesoramiento que su denominación indica, las de proyectista de las sentencias contencioso-administrativas hasta que la Ley del 24 de mayo de 1672 lo restaura y le delega a la justicia administrativa. Aquí, con la instauración de la justicia delegada -autónoma- nace el derecho administrativo como una exclusiva obra jurisprudencial, aún cuando su fe de bautismo provenga del tribunal de conflictos Francés que reconoció su autonomía al decir que no es posible reglar por idénticas normas la conducta del Estado y la de los particulares (Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873)”²².

²² AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999. p. 7.

Mas adelante, debido a una serie de cambios y modernizaciones sufridos por el Estado, se dice que en los casos en los cuales el fin perseguido por la administración fuera el de realizar un servicio público, debería aplicarse el derecho administrativo; y que en los eventos de gestión económica (patrimonial), debería emplearse el derecho privado.

El derecho administrativo finalmente hace su presentación a fines del siglo XIX y su punto de partida se ubica en el Fallo Blanco del Tribunal de conflictos Francés del 8 de febrero de 1873, *“en el cual por primera vez se establece que la administración pública no se puede regir por las mismas normas que rigen las relaciones entre particulares, sino por normas y reglamentos propios y especiales”*²³.

Posteriormente su campo de aplicación y rama de acción se incrementó y adquirió suma importancia cuando el Estado evoluciona y pasa de ser el “policía de los ciudadanos” hacia instituirse como un Estado intervencionista. Como era de esperarse, en Francia, con el nacimiento de esta nueva clase de derecho, se estableció una nueva jurisdicción: la administrativa, encargada de atender y solucionar los conflictos en los cuales interviniera la administración pública.

Hoy día, el derecho administrativo en su acepción más simple se puede definir como el derecho de la administración, entendiendo desde luego esta última, como la administración pública o del Estado. Ya desde un punto de vista más riguroso, se puede precisar la noción del derecho administrativo como el conjunto de reglas o normas jurídicas que reglamentan las actividades de la administración pública y sus relaciones con los particulares. Así, el derecho administrativo estudia la estructura de la administración pública: su actividad, sus funciones, su contratación, su régimen económico, su responsabilidad, sus controles, su jurisdicción etc., pero que además es diferente al derecho que se aplica a las relaciones entre los particulares.

Para cerrar el tema del concepto del derecho administrativo, se cita una reflexión que expone el profesor AYALA CALDAS²⁴: “La administración ha existido siempre, el derecho administrativo solo existe desde principios del siglo pasado”.

2.3 Estado unitario y estado federal.

En cuanto al origen de estas dos clases principales de organización estatal la doctrina²⁵ ha dicho que: *“Esta dualidad de autoridades encuentra su fundamento en dos razones principales: por una parte, la imposibilidad física de resolver todos los asuntos desde el centro del Estado, o sea, desde la capital, y por otra, la existencia de la necesidades*

²³ *Ibíd.* p. 7

²⁴ RODRIGEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 7

²⁵ *Ibíd.* p. 9

locales que deben ser resueltas por las mismas personas que habitan una parte determinada del territorio y son quienes viven y sufren directamente esas necesidades”.

Así, del anterior concepto de organización la doctrina ha reconocido principalmente a dos clases de organizaciones de Estado: el federal y el unitario. A continuación se examina un poco más de cerca los principales tópicos que caracterizan a uno y otro tipo de organización estatal:

2.3.1 Estado federal

Según lo define el profesor GEORGES BURDEAU²⁶: *“el Estado federal es una asociación de Estados sometidos en parte a un poder único y que en parte consideran su independencia”.* Ejemplos de este tipo de asociación cuentan los Estados Unidos de Norte América, Suiza, Canadá y Venezuela.

El mismo autor expone que como sistema de organización estatal, el federalismo presenta las siguientes características principales:

1. *“Desde el punto de vista internacional el Estado federal constituye una unidad, es decir, es una sola persona jurídica internacional.*
2. *”Desde el punto de vista interno, existe una pluralidad política, representada por la existencia de diferentes Estados federados.*
3. *”El Estado federal ejerce en el ámbito nacional todas las funciones estatales: la constitucional, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, pues existe una Constitución nacional y órganos que ejercen las otras tres funciones fundamentales. Los Estados federados participan en la conformación de los órganos nacionales y concretamente, en la toma de decisiones que afectan a todo el país.*
4. *”Los Estados federados también conservan el poder de ejercer las tres funciones básicas: legislativa, ejecutiva y judicial, por medio de órganos propios, no sometidos jerárquicamente a los órganos nacionales que ejercen las funciones nacionales. En algunos casos los Estados federados conservan también un poder constitucional para su territorio por lo cual existirá en consecuencia Constituciones de cada uno de los Estados federados, además de la Constitución Nacional, que será expresión de una especie de función supraconstitucional. Es decir, que habrá un reparto claro de competencia entre el Estado federal y los Estados federados en relación con cada función.”*

²⁶ *Ibíd.* p. 9-10

2.3.2 Estado unitario

La definición clásica de Estado unitario según GEORGES BORDEAU²⁷ “*es el que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental. El poder público, en la totalidad de sus atributos y funciones cuenta en él con un único titular, que es la persona jurídica Estado. Todos los individuos están colocados bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes*”. Como ejemplo de Estados unitarios se cita: Italia, Francia y Colombia.

Las características más frecuentes y sobresalientes de los Estados unitarios son²⁸:

- 1) *“Es un Estado centralizado, tiene un solo centro de decisión básica y principalmente en el aspecto político.*
- 2) *“Tiene un solo poder, que, generalmente, se divide en tres ramas, que se ejercen en un solo territorio y para un solo pueblo.*
- 3) *“Tiene unos órganos centrales soberanos, y sus jerarquías están perfectamente delimitadas.*
- 4) *“Se concentran en una sola persona las funciones de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, que son desempeñadas por el Presidente de la República, presentándose un fuerte régimen unipersonal y presidencialista.*
- 5) *“El gobierno central tiene la representación del Estado, en el campo internacional, pero el Estado surge como un conjunto.*
- 6) *“Existe una sola Constitución y un solo parlamento y, eventualmente, la justicia se administra en nombre de la república, pero se descentraliza la función ejecutiva o administrativa.”*

Pese a que los anteriores tópicos son los que caracterizan a los Estados unitarios, la realidad es otra. Es muy difícil y raro que en la práctica que este tipo de Estado tan rígido se presente, y por ello existen atenuantes de éste, como son la descentralización, la desconcentración y la delegación de funciones.

2.4 Centralización

Fenómeno jurídico-político que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican en manos de la persona jurídica Estado, donde las divisiones territoriales no son más que circunscripciones, que permiten una gestión más práctica de los servicios públicos. Así, el papel de las autoridades locales es de completa subordinación a la autoridad central, remitiéndose al cumplimiento de ordenes sin tomar parte importante en las decisiones.

²⁷ *Ibíd.* p. 10

²⁸ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2002. p. 54-55.

Esta es la concepción teórica de la centralización, en realidad como sucede en Colombia y otros Estados, existen localidades con cierta autonomía e incluso con activa participación en la toma de decisiones, esto es debido principalmente a las vastas divisiones geográficas de la gran mayoría de los Estados de hoy día que hacen imposible en control absoluto desde la capital.

2.5 Desconcentración

Fenómeno que consiste en el desempeño de funciones por medio de funcionarios que se desplazan físicamente a diversas partes del territorio nacional y allí establecidos, ejercen normalmente las funciones que siguen monopolizadas por las entidades nacionales, que debido a ciertas imposibilidades o inconveniencias para ser ejercidas desde la capital se recurre a este medio.

Desde otro punto de vista, la desconcentración es un instrumento utilizado por los Estados como medio para descongestionar los despachos públicos, con el fin de evitar la excesiva concentración de poder en unas cuantas manos y por otro lado, para agilizar el negocio y volver más eficaz el servicio público.

Ejemplo de este caso, cuando el Estado actuando por medio del ministerio de Defensa Nacional, establece una brigada en una región del país. Aquí simplemente se está desplazando a unas personas que van a ejercer a ese territorio una actividad nacional, sin que se les otorgue ninguna autonomía o independencia para manejar esa función²⁹.

2.6 Descentralización

En términos generales, la descentralización “es la facultad que se le otorga a las entidades públicas diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente”³⁰.

Para el tratadista AYALA CALDAS³¹ descentralizar “*Corresponde a la idea de unas colectividades territoriales, que a pesar de estar incluidas en otra colectividad más grande, se administran a sí mismas y dirigen sus propios asuntos, y surge así una <<autoadministracion>>; las entidades territoriales se organizan y administran solas, pero siguen integradas totalmente al Estado*”.

Como ejemplo de esto, se cita la descentralización política típica en los Estados federados que consiste en el otorgamiento, traspaso o transferencia de las funciones o atribuciones

²⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 13

³⁰ *Ibíd.* p. 16

³¹ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit., p. 57

políticas como constitucional, la legislativa, la electoral y la de control a entidades regionales, departamentales, provinciales, distritales y municipales.

Para el caso colombiano, la descentralización se ubica dentro del Estado unitario, con autonomía en la función administrativa o ejecutiva, ya que una autonomía en mayor o menor grado en las funciones judiciales y legislativas puede generar el caso extremo de la descentralización que es el federalismo, llegando en este caso a contradecir la Carta Política cuando conceptúa en su artículo primero que Colombia se encuentra organizada en forma de República unitaria.

2.7 Descentralización administrativa

Consiste en el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas públicas diferentes del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad.

Según la doctrina³² la descentralización administrativa, en su modalidad de descentralización territorial, en un Estado unitario, implica la dotación a las comunidades o colectividades regionales o locales de autonomía para su administración, el manejo de sus propios asuntos y la prestación de servicios públicos dentro del marco de sus territorios, de manera que esa administración y tales servicios no dependan del poder central sino del regional o local.

Quiere decir, que las entidades territoriales y sus correspondientes autoridades tienen competencia, sin subordinación al poder central, para el manejo y administración de los intereses comunes o colectivos. Esa descentralización tiene como base la división administrativa del territorio nacional y la consiguiente existencia de entidades seccionales con su propia personería jurídica y patrimonio autónomo, sin que el concepto rechace cierto control por parte del rango superior de la administración.

El siguiente es un cuadro que facilita la comprensión de dos de las principales diferencias entre la descentralización y la desconcentración, ya que son figuras políticas muy diferentes pero que tienden a ser confundidas por los no diestros en el tema:

Desconcentración	Descentralización
<ul style="list-style-type: none">• Su objeto consiste en un otorgamiento de funciones del Estado, sin que lleguen a ser autónomas.	<ul style="list-style-type: none">• Su objeto consiste en un otorgamiento de funciones por parte del Estado, pero estas son funciones propias.
<ul style="list-style-type: none">• La toma de decisiones corresponde al	<ul style="list-style-type: none">• Las decisiones quien la toma es la

³² Ibíd. p. 60

Estado por medio de un agente.	persona jurídica diferente al Estado.
--------------------------------	---------------------------------------

Hoy día con el consecuente avance y modernización del Estado, la descentralización a adquirido gran importancia para el desarrollo directo de las regiones o comunidades que las adoptan, llegando a obtener la descentralización administrativa una ramificación por así decirlo en tres variedades diferentes como es la territorial, la especializada o por servicios y la descentralización por colaboración. A continuación se señalan los principales conceptos que encierra cada una de estas modalidades de la descentralización administrativa:

2.8 Descentralización territorial

Consiste en el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Es decir, que se les otorga a las colectividades locales cierta autonomía para que se manejen por sí mismas. En Colombia, esta descentralización se manifiesta en los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas que, por lo mismo, reciben el nombre de *entidades territoriales*.

2.8.1 Entidades territoriales

En la nueva Carta Política de 1991 se define el concepto de región administrativa del siguiente modo (C.N, art., 306): “Dos o más Departamentos podrán constituirse en Regiones Administrativas y de Planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio.”

Lo concerniente a las entidades territoriales se encuentra consignado en el artículo 286 de la Carta Política. Así, para este texto, son entidades territoriales los:

- Departamentos;
- Distritos;
- Municipios; y
- Territorios indígenas.

Así mismo, el artículo 287 establece los conceptos de la autonomía para dichas entidades. “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus fines.
4. Participar en las rentas nacionales.

Volviendo al tema de la descentralización territorial, puede decirse que presenta básicamente dos matices: por un lado existe conveniencia, en cuanto que es favorable para la comunidad tener capacidad para resolver sus propios asuntos y no que ellos sean resueltos directamente por el Estado. Por otro lado, obedecen a móviles políticos, en cuanto se dice que es manifestación de democracia en la medida en que se permite un cierto grado de autogobierno.

Para que se presente la descentralización territorial tienen que reunirse ciertos dispositivos, elementos estos que los departamentos y municipios colombianos reúnen categóricamente, a saber:

- Necesidades locales diferentes a las comunes a toda la nación.
- Personería jurídica.
- Autonomía administrativa.
- Autoridades locales (alcaldes y gobernadores).
- Autonomía presupuestal y financiera.
- Control por parte del poder central.

El concepto de la personería jurídica es uno de los requisitos fundamentales para que se pueda llegar a hablar sobre la descentralización, tópico este muy importante a resaltar, debido a la necesidad que se tiene de tener clarificado el concepto para facilitar la exposición de las ideas sobre la administración pública que será estudiada mas adelante. En parte, porque el hecho de que un organismo disponga o no de personería jurídica marca la diferencia de encontrarse descentralizado del poder central, o por el contrario de encontrarse directamente subordinado a éste.

2.8.2 Personería jurídica en los territorios

Consiste en que estas entidades puedan ser titulares de derechos y contraer obligaciones, reconocimiento que se realizó en los Códigos de régimen departamental y de régimen municipal, debido que las entidades territoriales pedían una mayor descentralización administrativa, pero como partes integrantes de la nación, sin llegar a entenderse, que se hacía referencia a una descentralización de los servicios públicos.

Uno de los derechos de las entidades territoriales es gobernarse por sus propias autoridades, consagrando la autonomía política (C.P., art. 306). Así, las entidades territoriales como los departamentos y los municipios hoy día eligen de manera directa y popular a sus

gobernantes, por ejemplo, se elige de manera popular a los gobernadores y alcaldes, a los integrantes de las asambleas departamentales, de los concejos municipales, entre otros. Estas autoridades representan a las respectivas entidades territoriales, sin llegar a conjeturar falsas ideas como que las anteriores autoridades representan al poder central en las entidades territoriales, es decir, “*que el gobierno regional, seccional, provincial, distrital o municipal no es administrado desde afuera como a control remoto, sino por sus propios órganos, por cuanto, si una autoridad es elegida popularmente, es descentralizada y si es designada por el poder central, es centralizada.*”³³

2.8.3 Control de tutela

Al tipo de control que se aplica sobre los organismos descentralizados se denomina *control de tutela*. Dichos organismos a pesar de ser descentralizados también requieren cierto grado de control, ya que la descentralización no implica, una independencia total por parte de las entidades territoriales, y por ello el poder central ejerce sobre ellas control de tutela administrativo o gubernamental; es un control de legalidad, basado en una dependencia de tipo no jerárquica.

Se ejerce, tanto sobre las personas de los funcionarios como sobre los actos y la actividad de las entidades territoriales; en el primer caso, se hace referencia, principalmente, a la situación que se presenta en relación con los gobernadores y los alcaldes, los cuales, a pesar de ser elegidos popularmente, pueden ser suspendidos o destituidos por el Presidente de la República o por los gobernadores respectivamente.³⁴

Acerca del control de tutela ejercido por el Estado sobre un órgano descentralizado, el Consejo de Estado³⁵ expresa:

“(…) *Jean RIVERO sostiene que <<este control es necesario, a la vez, tanto en interés del Estado mismo, que debe salvaguardar su unidad política y vigilar el respeto a la ley, como en interés de la persona descentralizada, primera víctima de la mala gestión de sus representantes, y asimismo en interés de los individuos que pueden tener necesidad de una protección contra la autoridad descentralizada>>; agrega que la misma <<se refiere normalmente a las solas personas públicas; sin embargo el lenguaje administrativo emplea el mismo término para el control ejercido sobre algunas personas de derecho privado encargadas de un servicio público>> (...)*”.

³³ Ibíd. p. 64

³⁴ Ibíd. p. 65

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, febrero 8, 2001, radicación número 16661. Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE.

2.8.4 Autoridades locales: gobernadores y alcaldes

Uno de los derechos de las entidades territoriales es gobernarse por sus propias autoridades, consagrando la autonomía política (C.P., art. 306). Para el caso de los departamentos la autoridad principal es el gobernador y en los municipios, el título se lo lleva es el respectivo alcalde. Sobre estos funcionarios la Carta Política conceptúa:

- Los gobernadores son agentes del Presidente de la República, para el mantenimiento del orden público, la ejecución de la política económica general y por los asuntos en los que la nación realice convenios con el Departamento. (C.P., art. 303).
- Los alcaldes deben conservar el orden público y, en esta materia, acatar las instrucciones y ordenes que reciben del Presidente de la República y del gobernador respectivo. (C.P., art. 315).

2.9 Descentralización especializada o por servicios

Es cuando se otorga competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada. En Colombia, este tipo de descentralización se traduce en la existencia de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y sociedades de economía mixta, superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos y de mas entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal es el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, así por disposición de la ley son calificadas de *entidades descentralizadas*.

La descentralización por servicios nace como respuesta a los altos grados de especialización y tecnificación que exige el mundo moderno, haciendo del Estado una entidad que logra despojarse de algunas funciones y se las permite entregar a ciertas entidades que son creadas precisamente para que las ejerzan de una manera mas técnica y especializada.

Al igual que la descentralización territorial, la descentralización por servicios también requiere de la presencia de ciertos elementos:

- Existencia de una actividad especial digna de autonomía: es decir, que en un momento dado el Estado considere que determinada actividad ha adquirido tal importancia, que será mejor desarrollada si se desprende de su competencia global y se le entrega a otra entidad a fin de que la ejerza autónomamente.
- Personería jurídica;
- Autonomía presupuestal y financiera;

- Autonomía administrativa;
- Autoridades propias, y
- Control por parte del poder central.

Los entes nacionales que se encuentran descentralizados por servicios son:

- 1) Los establecimientos públicos
- 2) Las empresas industriales y comerciales del Estado
- 3) Las superintendencias con personería jurídica
- 4) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica
- 5) Las empresas sociales del Estado
- 6) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios
- 7) Los institutos científicos y tecnológicos
- 8) Las sociedades públicas
- 9) Las sociedades de economía mixta
- 10) Las demás entidades administrativas nacionales, con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley, para que forme parte de la rama ejecutiva del poder público.

2.10 Descentralización por colaboración

Consiste en el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a particulares para que las ejerzan en nombre de ellas. Ejemplo de esta modalidad es el registro público de comercio, confiado por el gobierno nacional a las Cámaras de Comercio.

Ejemplos de estas personas que se encuentran descentralizados por colaboración de particulares son:

- Las notarías
- Las curadurías urbanas
- Las cámaras de comercio
- Los tribunales de ética médica
- Las cajas de compensación familiar
- La Federación Nacional de Cafeteros.

Es apenas obvio que tanto los sistemas centralizados como los descentralizados están sometidos a cierto control por parte de las autoridades centrales. Así, de acuerdo con la teoría general del derecho administrativo esas dos clases de control tienen diferentes nominaciones, el control existente en caso de centralización se denomina *control jerárquico*, el control jerárquico se manifiesta porque el funcionario superior tiene los poderes de designación, disciplinario y retiro del servicio de los funcionarios inferiores,

revocando o reformando sus actos, delegando funciones y ejecutando el poder de institución³⁶.

Por otro lado y como se anotó anteriormente para la descentralización territorial, cuando el control se trata de descentralización se denomina *control de tutela*, y se ejerce por medio del Congreso y el gobierno para la descentralización territorial (departamentos y municipios). Ahora bien, para el caso de organismos descentralizados por servicios como: los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, etc., este tipo de control es ejecutado por el presidente de la República, los Ministros del despacho y los directores de Departamentos Administrativos a los cuales se halle adscrita o vinculada la respectiva entidad que es objeto de control.

En relación con los controles del poder central sobre las actividades descentralizadas por servicios, se pueden clasificar en cuatro clases principales³⁷:

- Control administrativo

Es ejecutado directamente por los ministros y directores de Departamentos Administrativos, indirectamente es ejecutado algunas veces por las Superintendencias, esto bajo la vigilancia y responsabilidad del Presidente de la República.

- Control presupuestal

Ejecutado principalmente por el ministerio de Hacienda y crédito público sobre la elaboración y ejecución de los presupuestos de rentas y gastos de las entidades mencionadas.

- Control fiscal

Ejercido por la Contraloría General de la República, éste tipo de control comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados.

- Control político

Llevado acabo por el Congreso de la República mediante la regulación de las actividades confiadas a esas entidades y por medio de las citaciones que las comisiones pueden hacer a sus representantes legales.

³⁶ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 56

³⁷ RODRIGEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 27

A estos controles antes mencionados, hay que agregar el control jurisdiccional, que es ejercido por la rama judicial, y recae sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades descentralizadas por servicios.

2.11 Delegación

La desconcentración “no implica delegación” (Ley 489 de 1998, art. 8) y según los términos del artículo noveno de la misma ley, la delegación por parte de las autoridades administrativas consiste en “transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias”. Es decir, que mediante la delegación el funcionario que es titular de la función (delegante) la traslada a otra autoridad (delegatario), para que éste la ejerza en nombre de aquél.

Dentro de las principales reglas que regulan la delegación cuenta una que es de suma importancia, consiste esta en que la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual, en consecuencia, estará radicada exclusivamente en cabeza del delegatario, sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Carta Política, la autoridad delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, esto siempre y cuando se realice conforme a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo. Por otro lado, en materia de contratación, el acto de la función expresamente delegada no exime de responsabilidad civil y penal al agente principal. De conformidad con el parágrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1.998, "En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de responsabilidad legal civil y penal al agente principal". Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-727 de 2000.

Según la Corte Constitucional en sentencia T-024 de 1996 con ponencia del doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO³⁸ establece que los elementos constitucionales de la delegación son:

1. La transferencia de funciones de un órgano a otro.
2. La transferencia de funciones se realiza por el órgano titular de la función.
3. La necesidad de existencia previa de autorización legal.
4. El órgano que confiere la delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia.

Habiendo dado las principales herramientas teóricas para entender la estructura de los Estados, se pasa a abordar mas de cerca los principales tópicos que conciernen al Estado colombiano, esto, con el fin de favorecer el entendimiento de la estructura de la administración pública que a su vez, es el pilar o punto de partida para abordar el tema de la contratación estatal colombiana.

³⁸ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 72-73

3. Estado colombiano

Dentro de las principales características del Estado colombiano y según disposición adoptada por la última Carta Política de 1991 se consigna que Colombia es un “*Estado Social de derecho*”, es de resaltar también la consideración de Estado derecho, en cuanto al acatamiento o respeto que se tiene de normas superiores como la Constitución y la ley, lo que constituye garantías para los administrados.

Así mismo, otros tópicos que caracterizan al Estado colombiano son:

- Estado Intervencionista
- Estado Democrático
- Estado Participativo y pluralista
- Estado Centralizado en lo político y descentralizado en lo administrativo

Esta serie de caracterizaciones del Estado colombiano están plasmadas en la Carta Política de 1991 que como se ha venido tratando, es el resultado de una evolución por así decirlo respecto de la constitución de 1886, ya que el Estado colombiano se muestra con nuevos compromisos políticos y sociales que no habían sido contemplados en las pasadas constituciones. A continuación se va a estudiar uno a uno los tópicos que mas caracteriza al Estado colombiano:

3.1 Estado social de derecho

“*El Estado social de Derecho, en cierta medida indica el paso del reino de la arbitrariedad al de el sometimiento a las normas jurídicas.*”³⁹ Históricamente el Estado Social de derecho tiene origen en la doctrina y Constitución alemana de los años 40. Expresa GOMEZ CARDONA⁴⁰ que “*la noción del Estado Social de derecho nace en Alemania, pero adquiere categoría constitucional en la Constitución de Bonn de 1949*”. Este es un término que responde no al capricho del legislador alemán, sino a las circunstancias políticas de la época en Europa de mediados del siglo XIX, o sea, a las condiciones sociales de los europeos bajo el capitalismo dominante: industrialización, crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción, el crecimiento demográfico, etc. condiciones estas que hicieron inevitable el fenómeno de la intervención estatal, en procura de unificar las profundas desigualdades generadas por el sistema. Es así, como los primeros pasos hacia el Estado Social de derecho tienen semilla en las iniciales actitudes intervencionistas del Estado en la sociedad.

³⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 7 ed. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1980. p. 5.

⁴⁰ AYALA CALDAS. Elementos de derecho administrativo general. Op. Cit., p. 13

Decir que Colombia es un Estado Social de Derecho es hacer al Estado mas responsable con su sociedad en especial con los sectores mas desprotegidos, tal y como se consagra en la Constitución Política de 1991, donde para el cumplimiento de éste objetivo, el comportamiento del Estado debe ser conforme al derecho, actuando no de manera arbitraria sino acatando el principio de legalidad fundado en lo expresado en normas superiores como la Constitución y la ley, así como absteniéndose de actuar de un modo contrario a estas.

El marco institucional del Estado, como social de Derecho, lo hace saber el maestro MENDOZA PALOMINO⁴¹ cuando afirma que éste tiene las siguientes características:

- a. Reconocimiento y empeño de protección de los derechos y libertades fundamentales tanto individuales como colectivas;
- b. Efectiva participación de los ciudadanos;
- c. Reglamentación de los servicios estatales en función del desarrollo social integral;
- d. Precisa definición de normas y principios en la estructura y desarrollo de las funciones del Estado;
- e. Sistemas de control institucional y ciudadano frente a las actuaciones de las autoridades y
- f. Validez y eficacia de la responsabilidad estatal.

Expresa AYALA CALDAS⁴² “*el que sea un Estado Social, saca a la institucionalidad de su papel pasivo de mero productor de normas y la convierte en activo promotor de la legalidad, cuyo papel fundamental consiste en la corrección, hasta donde sus medios se lo permiten, de las desigualdades.*”

Las siguientes son características expuestas por el profesor AYALA CALDAS⁴³ sobre el concepto del Estado Social de derecho.

Así, para el tratadista citado, el Estado Social de derecho implica:

- Tener como objetivo prioritario, la consecución y la conservación de determinados resultados sociales.
- Poner la norma jurídica al servicio del hombre en dignidad a cambio de mantener el hombre al servicio de la voluntad caprichosa del Estado.
- Realizar el cambio del simple mecanismo jurídico para cumplir los fines del Estado a la realización de una realidad social.
- Evitar la existencia de poder alguno, ni administración alguna que no esté sometida a la Constitución o la ley.

⁴¹ MENDOZA PALOMINO, Op. cit., p. 43

⁴² AYALA CALDAS. Elementos de derecho administrativo general. Op. Cit., p. 13

⁴³ *Ibíd.* p. 8-11

Según ENTRENA CUESTA⁴⁴, en Francia e Inglaterra, la supresión del Estado absoluto y la consiguiente aparición de los Estados social de derecho y de derecho tienen lugar en unas fechas perfectamente identificadas. En Francia es en 1789, año en que se produce la revolución francesa, y en Inglaterra tiene lugar un siglo antes: el año de 1688, cuando se produce la llamada Gran Revolución.

Asimismo, el autor⁴⁵ explica como esta diversidad de orígenes históricos produce los diferentes enfoques con los que se ve hoy día la estructura jurídica y social de los Estados. En Inglaterra la ley a que se encuentra sometida la administración pública es la privada, por otro lado, en la Francia revolucionaria la administración pública se encuentra sometida es al derecho administrativo. Es por esto, que los pueblos de habla inglesa, están fuertemente adecuados con el enfoque adquirido en Inglaterra, mientras que el sistema Francés terminó implementándose por toda Europa continental, y poseyendo características como “la existencia de un derecho especial para los asuntos en los que esté comprometida la administración (derecho administrativo) y de Tribunales especiales para juzgar los litigios en que se ve envuelta (tribunales Contencioso-administrativos), siendo aquí, en la creación de estos dos nuevos conceptos, donde reside la organización del sistema francés.

En síntesis, siguiendo al mencionado autor, se puede decir que dentro de las características que distinguen al sistema francés cuenta:

- a) *“Una administración pública sujeta a una legalidad especial.*
- b) *”El nacimiento de una legalidad especial y concreta con principios propios, rectora de la actividad administrativa, como lo es el derecho administrativo.*
- c) *”La supremacía de la administración pública en sus relaciones jurídicas, mediante el reconocimiento de poderes exorbitantes o prerrogativas de derecho público, tales como ejecución unilateral de sus actos, contratación pública con principios excepcionales, etc.*
- d) *”La existencia de un control de legalidad de las decisiones administrativas por órganos diferentes a los jueces ordinarios, en un sistema de jurisdicción especial que hace de los regímenes jurídicos depositarios de verdaderas “dualidades de jurisdicciones”, en donde una de ellas se instituye exclusivamente por el juzgamiento de la administración.*
- e) *”La existencia de un régimen de responsabilidad diverso del establecido para los particulares en el ordenamiento civil.*
- f) *”En el sistema Francés, el Estado es titular tanto del poder como de la autoridad, y el que protege y garantiza los derechos y las libertades; por ello existen el Derecho Administrativo y la jurisdicción administrativa como sistemas jurídicos especiales y diferentes de los aplicables a los particulares.*

⁴⁴ *Ibíd.* p. 13

⁴⁵ *Ibíd.* p. 14-15

- g) *“El sistema de derecho francés se fundamenta en la existencia de un derecho especial y autónomo, para regular las actuaciones de la administración pública y una jurisdicción igualmente especial, a la cual deben someterse el Estado y sus órganos.”*

El Estado Social de derecho desde la perspectiva de la doctrina internacional es definido como⁴⁶:

“Para PEDRO AGUSTÍN ARENAS DIAZ, un Estado Social de derecho es el que además de respetar los derechos civiles y políticos de todos los asociados, garantiza y realiza los derechos sociales, económicos y culturales de su pueblo, al tiempo que respeta y acoge los derechos de los pueblos, busca la igualdad real y no solo la legal, como sucede con el simple Estado de derecho. El Estado Social de derecho no solamente tendrá que ejercer la legalidad y hacerla respetar sino ganarse la legitimidad, no solo de la justicia de los códigos sino la social.”

“RAFAEL ENTRENA CUESTA sostiene: el rasgo fundamental del Estado Social de derecho, son aquellos derechos en virtud de los cuales los particulares podrán dirigirse al Estado para exigirle la realización de prestaciones por el simple hecho de ser ciudadanos.”

Técnicamente, desde el punto de vista doctrinal, el contenido del Estado Social de derecho no ha sido uniforme y es objeto de diversas interpretaciones a la hora de obtener resultados prácticos. En Alemania, su país cuna, este concepto se ha tratado de determinar desde diferentes puntos de vista, de los cuales se recalcan cuatro importantes tendencias en cuanto a su alcance⁴⁷:

1. El Estado Social como expresión misma del conjunto de acciones de intervención social del Estado: corriente que parte de la dicotomía entre Estado de derecho y Estado Social de derecho. Entendía lo social del Estado como el proceso de intervención, regulación y conducción de lo social a través de leyes y de una administración prestadora de servicios.
2. Estado Social como Estado o situación social de bienestar: Corriente que sostiene que el Estado Social de derecho debe tener como único fin procurar el bienestar general de la población, esto es, hacer de la sociedad, una sociedad de bienestar, velando por las condiciones de vida de la población y como medio para ello se plantea la redistribución de la riqueza en las zonas más deprimidas.
3. Estado Social como política y sistema de la seguridad social: Esta concepción del Estado social de derecho reduce el Estado a una parte exclusiva de sus finalidades, aquella que tiene que ver exclusivamente con la política y el sistema social. Es por lo tanto una concepción insuficiente y limitada.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 12-15

⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo I, 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 404-405.

4. Estado Social como función del orden constitucional de carácter social: Se entiende el Estado Social de derecho como fenómeno de lo jurídico, que pretende ante todo compensar las desigualdades sociales o autoestabilizar al Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Se plantea también, la intervención estatal frente a los conflictos sociales, desde un punto de vista de función estabilizadora. Así, para otro sector de la doctrina, esta cuarta interpretación, lo que busca es un progreso y reforma social en cabeza del Estado.

Como se ha podido ver, el desarrollo del Estado Social de derecho ha estado enmarcado de múltiples dificultades, tanto que se ha llegado incluso a la idea de conceptos antagónicos dentro de su formulación, como son: sumisión y acatamiento del derecho, para el concepto del Estado de derecho y responsabilidad social en procura del bien general, para el concepto de Estado Social. En Colombia la Corte Constitucional⁴⁸ en sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992 con ponencia de Ciro Angarita Barón, se pronunció así:

“(...) El Estado Social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad” implicando esto “una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera:

”Pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.”

A lo anterior, el maestro SANTOFIMIO GAMBOA⁴⁹ agrega que “en este sentido, se puede observar que tratándose del derecho colombiano el supraprincipio del Estado Social de derecho se hace acompañar de dos importantes principios: el de la solidaridad y el del orden económico y social justo”. Principios que se tratarán a continuación:

3.1.1 Principio de la solidaridad

Junto con el principio de la dignidad humana, constituyen las piedras angulares del Estado Social de derecho. La solidaridad así entendida, ya no es solo un planteamiento ético, sino un vínculo amparado por la Constitución y que tiene como actores al Estado y sus asociados, comprometiéndolos mutuamente, pero dada la amplitud del sentido con que se tiene que entender este principio, es apenas obvio que el significado de la solidaridad no solo se remite a la relación Estado-asociados, sino que trasciende y abarca dentro de su fuerza vinculante incluso a los mismos integrantes de la sociedad, en una especie de solidarismo.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 409

⁴⁹ *Ibíd.* p. 409

La Corte Constitucional⁵⁰ en sentencia T-505 del 28 de agosto de 1992, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, ha dicho que “(...) *toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social [...] , el principio de solidaridad social no solo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados.*”

3.1.2 Principio del orden económico

Este principio parte de la concepción teórica del Estado Social de derecho de nivelar las desigualdades sociales que se observan en el Estado. Se hace énfasis para esto en el “orden económico”, pero es evidente que el equilibrio se hace necesario en todos los demás aspectos: políticos, culturales, educativos, etc. Dicho equilibrio se pretende encontrar por medio de la penetración y la presencia del Estado en todos los aspectos culminantes de la vida en sociedad, esto es, en los fenómenos políticos, económicos y sociales, ya que la justicia social, se logra tan solo en la medida en que dichos elementos se equilibran dentro del Estado.

3.2 Estado de derecho

Todas las actividades y funciones administrativas del Estado tienen como punto de partida el concepto de ESTADO DE DERECHO. Es así como, este concepto se considera la piedra angular del régimen jurídico de la función administrativa y por lo tanto, involucra al derecho administrativo. Por tal razón, al hablar de Estado de derecho en conjunto con la administración pública y por lo tanto del derecho administrativo, quien rige en gran parte a esta última, se hace necesario manejar ciertos conceptos o principios que mas adelante serán materia de estudio; como son el de legalidad, prevalencia del interés general, prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, división de poderes, entre otros.

Para una explicación detallada de los anteriores conceptos, se expone la explicación del tratadista SANTOFIMIO GAMBOA⁵¹.

“El concepto de Estado de derecho no es un problema exclusivamente normativo: comprende al Estado en su dinámica total. El Estado de derecho en su concepción original no se identifica directa y plenamente con la norma jurídica: El Estado de derecho no puede ser entendido exclusivamente como el poder instituido, sujeto a un preciso orden normativo. Concebirlo en este contexto sería tanto como pretender construir un postulado general a partir de uno de sus elementos, negándole entidad a todos aquellos otros

⁵⁰ Ibíd. p. 410

⁵¹ Ibíd. p. 362-364

aspectos de diversa naturaleza que pretenden identificarlo a cabalidad... precisamente, la concepción del Estado de derecho dentro de la Constitución Política de 1991 abandona la estrecha interpretación positivista [normativa] y se adentra por los senderos del entendimiento sustancial del fenómeno, en donde los valores y principios coadyuvan simultáneamente con la norma de un todo amplio para su interpretación y conocimiento.”

Como se puede interpretar, el profesor SANTOFIMIO GAMBOA ofrece literatura de tan importante concepto en la materia del derecho administrativo y por consiguiente como principio teórico del entendimiento de la contratación estatal, así, en la misma obra y pagina antes citada, el autor hace una referencia al tratadista SANTAMARÍA PASTOR, quien en sus apuntes expone: “(...) *el proceso de entendimiento del Estado de derecho llega a su punto culminante con la teoría de KELSEN, quien termina de vaciar el concepto de contenido originalmente liberal al identificar Estado y derecho: por Estado de derecho entendemos nosotros no un orden estatal con un contenido específico [...] sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico*”.

Siguiendo al profesor AYALA CALDAS⁵² a continuación se exponen una gama de criterios emitidos por la doctrina a nivel mundial sobre el concepto de Estado de derecho.

“Sobre el concepto de Estado de derecho manifiesta LAUBADÈRE: En los Estados modernos civilizados la actividad de la administración pública está sometida al derecho y al control del juez. La moderna administración no dispone de un poder arbitrario, y, como los mismos particulares, debe observar las reglas del derecho; si las infringe, los ciudadanos se pueden dirigir a los tribunales para hacer sancionar esas infracciones. Es el sistema que se denomina <<Estado de derecho>>.”

“Según RAMÓN MARTÍN MATEO, el Estado de derecho implica, pues, que todas las actuaciones públicas están basadas en un orden preestablecido de normas: antes de obrar la administración debe contar con apoderados legales concretos, o al menos genéricos, que permitan determinadas formas y modalidades operativas. Las normas obligan a todos, y de evitar desviaciones se encargan los tribunales. Se pretende con ello descartar las arbitrariedades, los poderes exentos, independientes, las prerrogativas no sometidas al control y decisión de los órganos soberanos.”

“Para el español RAFAEL ENTRENA CUESTA, el Estado de derecho, es aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la administración a la ley.”

Según ENTRENA CUESTA, el Estado de derecho tiene las siguientes características:

⁵² AYALA CALDAS. Elementos de derecho administrativo general. Op Cit., p. 8-11

- 1) *“Reconocimiento de derechos y libertades individuales que deben ser respetadas y garantizadas por el Estado.*
- 2) *”División del poder público en ramas con funciones separadas, cada una de ellas por órbitas esencialmente independientes y sin preferencias, pero controladas recíprocamente las unas por las otras. La característica fundamental del Estado de derecho es la separación formal o separación orgánica de los poderes, es decir, el sistema jurídico según el cual cada función del Estado se confía a un órgano particular.*
- 3) *”El establecimiento de un sistema orgánico y jerárquico de normas, según el cual las de mayor valor jurídico deben ser respetadas por las demás, y en la cúspide y como fuente primigenia y dominadora del panorama jurídico, un cuerpo normativo básico y supremo que es la Constitución. El sometimiento de la administración a la ley se realiza en virtud del principio de la “legalidad de la administración”, que constituye la norma tutelar de los actos administrativos.”*

Ahora bien, volviendo al profesor SANTOFIMIO GAMBOA se procederá a ver más de cerca cada uno de los principios que trae consigo el concepto de Estado de derecho:

3.2.1. Principio de legalidad

Principio este que es una de las consecuencias de la plena existencia de un Estado de derecho, debe ser entendido como una de sus características asociadas al concepto amplio del Estado de derecho, o sea, cuando se considera no solo en el sentido de la sujeción al orden jurídico, sino cuando se va mas allá en el concepto, esto es, cuando se entra en los valores y principios que existen paralelamente con la norma estricta.

De este principio el profesor SANTOFIMIO GAMBOA⁵³ ha dicho que *“el principio de legalidad implica una doble proyección: tanto para gobernantes como para gobernados. En cuanto a los primeros, en la medida en que los circunscriben para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones a un régimen de derecho que debe ser entendido en su vertiente formal [estricta] y teleológica: la primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido, y la segunda en cuanto que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general”*.

En Colombia, estos dos enfoques de la legalidad que propone el profesor SANTOFIMIO son claramente observados en la Carta Política de 1991, casos de legalidad formal se observan a partir de los artículos 121 y 122 que obligan a quienes ejercen funciones administrativas a sujetarse de manera rigurosa a los preceptos constitucionales, legales y

⁵³ SANTOFIMIO GAMBOA, Op Cit., p. 367

reglamentarios. Por otro lado, la legalidad teleológica o finalística se observa a partir del preámbulo constitucional, en los artículos 2, 123 inciso 2° y 209, que vinculan directamente el actuar de los poderes públicos y en concreto de la administración al interés general, al interés de la comunidad y al cumplimiento de las finalidades estatales.

3.2.2 Principio de la prevalencia del interés general

Este principio se encuentra fuertemente vinculado con las finalidades del Estado y es el principio básico y determinante del ejercicio de las funciones administrativas.

Estrictamente, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que sea el interés general el que predomine, esto con el fin de mantener la estabilidad del sistema.⁵⁴

Así las cosas, hay que destacar que en el mundo jurídico el interés general o público se traduce en que inevitablemente toda actuación institucional de los gobernantes o funcionarios públicos o personas que se hallen vinculadas con el Estado en una relación contractual lo que procure o busque sea el cumplimiento de los fines estatales y no fines particulares de estos sujetos, conducta que genera actuaciones desviadas y en el caso de la contratación estatal, estos vicios originan su nulidad.

3.2.3 Principio de la responsabilidad

Este principio se basa en la necesidad de hacer tanto a los organismos públicos como a las personas a ellos vinculados, responsables frente al ordenamiento jurídico, cuando hubiesen actuado de tal forma que no cumplieron los parámetros que se encuentran definidos en el ejercicio de sus funciones, esto es, cuando se infringe la Constitución y las leyes y “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (C.N. art. 6).

En materia de responsabilidad, en Colombia hay un rígido régimen de responsabilidades para los servidores públicos, régimen que se encuentra desarrollado en caracteres normativos, entre estos se tienen:

- Código Único Disciplinario.
- Código Penal.

⁵⁴ Ibíd. p. 369

- Código Civil.
- Código Contencioso Administrativo.
- Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993).

Como consecuencia del desacatamiento por parte de los servidores públicos y personas vinculadas a la administración, como sería el caso de los contratistas, se puede dar el caso de las indemnizaciones que tiene que pagar el Estado a las personas que hayan sido víctima de dichos funcionarios o contratistas, o en términos generales, responde el Estado cuando los daños judicialmente le sean imputables y que hubieren sido producto de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo.

A esta clase de responsabilidad por indemnización se le llama *patrimonial* y se encuentra fuertemente vinculada a un concepto del derecho que será estudiado mas adelante: el daño antijurídico. El legislador colombiano también contempló otro tipo de responsabilidad, y es la contenida en el Código Penal, para este caso la conducta del servidor público debe estar tipificada con un término que dice así: *hecho punible*, esto es, en términos generales, que debe existir previamente una norma que haga de la conducta cometida un *delito*, para que esta pueda ser sancionada, concepto que también será tratado posteriormente mas a detalle.

3.2.4 Principio de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales

Frente al ejercicio de las funciones administrativas necesariamente tiene que existir un sistema que obligue a la administración a respetar y hacer prevalecer los derechos de los ciudadanos. En concordancia a como se desarrolla el principio del interés general, cuando entren en conflicto los intereses del Estado con los derechos fundamentales de los ciudadanos deberán prevalecer estos últimos, ya que preservarlos, después de todo, constituye la finalidad primordial del ejercicio del poder público. Como infiere el profesor SANTOFIMIO GAMBOA⁵⁵ “resultaría absurdo pensar en la posibilidad de que el Estado tuviese unos intereses distintos a los propios de los asociados, que son los intereses protegidos por los derechos fundamentales.”

El mismo autor mas adelante en la misma página expone que “*en Colombia, la protección constitucional a los derechos y libertades públicas fluye, al igual que en otros ordenamientos, como respuesta histórica del Estado de derecho al absolutismo político, estatal y jurídico. Significa la consagración a nivel de norma fundamental de instrumentos procesales suficientemente efectivos para garantizar el respeto, mantenimiento y restablecimiento de los derechos y libertades propios del ser humano, cuando hayan sido violentados o desconocidos de manera individual (subjetiva) o colectiva, por parte de agentes de los poderes públicos o particulares*”.

⁵⁵ Ibíd. p. 375

Entendiendo así el concepto de la prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, no cabe de otra que el Estado juega el principal papel en la protección y guarda de los mismos, o sea, es el Estado quien personifica el orden jurídico. Esta idea de institucionalización del poder y el sometimiento del control al mismo Estado, es uno de los más grandes objetivos de las democracias modernas que encuentran en el reconocimiento de los derechos fundamentales la finalidad de su existencia, buscando así la paz, la libertad y el orden y evitando a toda costa el abuso del poder.

Dentro de los mecanismos adoptados en Colombia con el fin de hacer real el cumplimiento de los derechos ciudadanos que garanticen la integridad de las personas, se articularon acciones para la defensa, protección y aplicación de los derechos fundamentales, que no solo se quedan en estos objetivos, sino también protegen intereses de las personas que se pueden ver sumidas en conflictos⁵⁶:

“Como consecuencia de la relación efectiva y práctica entre las personas y sus derechos se desprenden expectativas y situaciones jurídicas consolidadas, mejor conocidas doctrinalmente como intereses, que de acuerdo con el número de sujetos en ellos involucrados pueden adquirir el carácter de individuales, colectivos o de un número plural de personas. Los intereses son igualmente objeto de algunas acciones constitucionales.”

Las siguientes son las acciones constitucionales a las que hace referencia el tratadista SANTOFIMIO GAMBOA⁵⁷, tienen como fin la protección y aplicación de los derechos fundamentales.

3.2.4.1 Acciones populares

Son instrumentos idóneos para la defensa de los intereses de la comunidad, a través de la iniciativa de cualquiera de sus miembros. Su objetivo es el amparo de los intereses generales, impersonales y abstractos de la comunidad como son: el orden jurídico, el patrimonio público, el medio ambiente, etc. El beneficiario directo no es el que la invoca, sino la comunidad o población en sí, que es la titular de los derechos subjetivos e impersonales.

Las acciones populares de origen constitucional son cuatro, a saber:

1. Acción ciudadana de constitucionalidad

Mecanismo por medio del cual el ciudadano puede acudir al restablecimiento del orden constitucional, cuando algún acto reformativo de la Constitución o de una ley o de un

⁵⁶ Ibíd. p. 381

⁵⁷ Ibíd. p. 382-390

documento con fuerza de ley lo desconozcan, ocasionando un daño en la estabilidad política de los asociados.

2. Acciones de protección a los derechos e intereses colectivos

Grupo de acciones que el legislador (C.P., art. 88) puede desarrollar para la protección de los derechos e intereses de la colectividad o comunidad en asuntos con contenido general, impersonal y abstracto, entre otros:

- Patrimonio público.
- Espacio público.
- Salubridad pública.
- Libre competencia económica.

3. Acciones de protección a la integridad del orden jurídico

Básicamente lo que se pretende enfrentar son aquellos actos de carácter general que alteren, modifiquen, desvirtúen o violen las estructuras del Estado de derecho diseñadas en la Constitución Política.

4. Acciones para el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general

Puede ser intentada por cualquier persona (natural o jurídica), en beneficio general, impersonal o abstracto, ante una autoridad judicial, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, respecto de los cuales las autoridades competentes se han mostrado renuentes en acatar.

Esta acción constituye un amplio instrumento para la defensa de todo tipo de derechos alterados o afectados por el incumplimiento de una disposición legal o administrativa de carácter general. Procede en los casos en que, no obstante estar en plena vigencia la fuerza ejecutoria de la norma legal o administrativa, los funcionarios competentes, sin mediar causa justa, se niegan o abstienen de darle cumplimiento. Así, con este tipo de acciones no se pretenden declaraciones de nulidad ni nada por el estilo, solo se busca que el fallo obligue a la autoridad a cumplir con el deber omitido.

3.2.4.2 Acciones individuales o particulares

Se diferencian de las anteriores acciones por cuanto estas se intentan es en razón de un interés particular, o sea, en situaciones jurídicas individuales amparadas en disposiciones superiores. Cuando se llevan a litigio, no se buscan beneficios generales o comunes, sino por el contrario, beneficios particulares, de exclusivo interés para quien intenta una de estas acciones.

También cobija aquellos casos en que no solo se trata de la violación de intereses derivados de derechos subjetivos de una sola persona, sino abarca el caso en que es un sujeto plural, o sea, cuando existe un grupo o número plural de personas con un mismo interés o intereses comunes al grupo y que han sido violados o desconocidos.

A diferencia de las anteriores acciones, esta requiere que el objeto perseguido sea perfectamente determinable y cuantificable, esto es, que no sea abstracto. Y no solo se pretende el reconocimiento del derecho o interés violado, sino también su indemnización de carácter económico que en el caso de ser más de uno el interesado, ha de distribuirse entre todos los integrantes.

A continuación se enumeran las acciones individuales o de grupo y a renglón seguido se expone una breve explicación de las acciones más usadas en Colombia:

Las acciones individuales o particulares se dividen así:

- Habeas corpus.
- Acciones de tutela.
- Acciones típicamente individuales.
- Acciones individuales o particulares.
- Acciones colectivas de interés particular.
- Acciones por daños a un número plural de personas.
- Acciones de protección de derechos colectivos o de grupo.
- Acciones de cumplimiento de acto administrativo individual.

1. Acción de tutela

Es un medio judicial ideal para responder de manera ágil a los ciudadanos cuando se considere han sido vulnerados sus derechos humanos. Según la Convención Americana de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.”

2. Acción de cumplimiento de acto administrativo individual

Acción constitucional de carácter judicial que puede ser intentada por cualquier persona respecto de la cual el acto en cuestión hubiere creado una situación jurídica particular y el funcionario competente se niegue a acatarlo y ejecutarlo conforme es debido. Motivo éste

por el cual, el ciudadano está en todo su derecho para exigir ante una autoridad jurisdiccional su cumplimiento.

3. Habeas corpus

Mecanismo directo de origen constitucional que tiene como objetivo proteger la libertad individual. Se encuentra consignado en el artículo 30 de la Carta Política, indica que “quien estuviere privado de la libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en treinta y seis horas”.

Como es sabido, a las limitaciones constitucionales o legales a la libertad individual deben estar acompañadas siempre, y para todos los casos, del reconocimiento y respeto a la dignidad humana, y de la observancia de las previsiones, garantías y procedimientos establecidos para toda detención. Por fuera de estas consideraciones, procederá el Habeas Corpus, tendiente a obtener la libertad de una persona.

3.3 Estado democrático

El presidente Lincoln, en el año de 1884, se refiere a la democracia, definiéndola como: “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Dar una definición exacta de democracia es extremadamente complejo, hay que conformarse con entender que al menos en su formulación teórica, este sistema de gobierno distingue y reconoce en el “pueblo” y en su participación en el Estado la fuente del poder. Incluso el término pueblo, como lo señala el mismo maestro MENDOZA PALOMINO⁵⁸, es también complejo de manejar y a través de la historia éste ha tomado diversos significados, empezando desde los griegos, posteriormente la edad media a la cual siguió otra definición con la llegada de la revolución francesa, siendo en este período dónde el término sufre un cambio radical, que hace verlo como una manifestación de proporcionar la igualdad entre los individuos, intervención ésta que no cumplió ya que en la sociedad se siguieron viendo divisiones muy arraigadas en las clases sociales. Hasta llegar al día de hoy, en que es evidente la manera como aumenta la riqueza en unos determinados sectores sociales y de cómo paralelamente con igual o mayor velocidad, aumenta la pobreza en otros.

“El reto del constitucionalismo contemporáneo parece dirigido a superar la institucionalización formal del fenómeno pueblo por la consecución efectiva, de que en él se identifiquen todos los individuos sin discriminación alguna, en el campo real de la sociedad.

⁵⁸ MENDOZA PALOMINO, Op. cit., p. 20

*”Para ello el principio de la igualdad, como exigencia inherente y esencial de la naturaleza humana, y no como un mero anhelo de ideal político, se impone como objetivo social del Estado. Sin una apropiación de la igualdad de las personas, política y socialmente, la democracia no pasa de ser un formulismo político y jurídico, carente de incidencia social”.*⁵⁹

3.4 Estado participativo y pluralista

El Estado es participativo en la medida que no solo la clase política tiene en sus manos las riendas del país, hoy día el pueblo está en toda su capacidad de hacerse oír y expresar sus opiniones por medios efectivos, como por ejemplo, los mecanismos de participación ciudadana tales como el referendo o el plebiscito, entre otros.

El Estado pluralista cuenta también dentro de las innovaciones introducidas en la Carta Política de 1991. Así, se establece como uno de sus postulados básicos, consistiendo el pluralismo no solo en el aspecto político, sino en lo religioso, étnico, lingüístico, cultural y regional.

El pluralismo político hace referencia al reconocimiento de la capacidad de constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

Asimismo, el pluralismo religioso expresa entre otras, la libertad de culto y la prohibición de obligar en los establecimientos del Estado a recibir educación católica.

El pluralismo étnico se aparece en la medida que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica de la nación colombiana. También, porque reconoce derechos a comunidades negras y comunidades indígenas.

El pluralismo lingüístico es debido al hecho que en Colombia se considera a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, como lenguas también oficiales en sus territorios. Esto, dado que la misma Carta Política en su artículo 10 expresa que el idioma oficial de Colombia es el castellano. Así mismo, el pluralismo cultural, es porque el Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana.

Por último, el pluralismo regional es debido a que se expresa en la Constitución Política que Colombia es un Estado organizado en forma de República unitaria “con autonomía de las entidades territoriales” y además se prevé la posibilidad de que dos o mas departamentos puedan constituirse como región, siempre y cuando se reúnan los requisitos expuestos en la Constitución Política (C.P., arts. 306 y 307).

⁵⁹ VIDAL PERDOMO, 7 ed. Op. cit., p. 5

3.5 Estado intervencionista

Partiendo del hecho de que existe una administración tradicional o básica que es la encargada de prestar los servicios clásicos como salud, educación, justicia y obras, etc. esta clase de administración es la que ha venido siendo formada por los ministerios, gobernaciones y las alcaldías.

Pero dada la serie de transformaciones políticas y económicas, que no fueron otra cosa más que cambiar la concepción individualista surgida de la revolución francesa donde la actividad del Estado quedaba reducida o limitada a temas como:

- Cuidado de las fronteras.
- Mantenimiento de la paz pública interna y
- La determinación de la administración de justicia.

Aquí la gestión estatal en el mundo económico no juega ningún papel ya que todo estaba regido por leyes y los intereses de los individuos eran (tenían que ser) compatibles con los intereses generales o al menos esto era lo que suponían los legisladores.

Entonces, hablar de una evolución del Estado es hablar de un Estado que se vuelve intervencionista, en la medida en que interviene en la economía y en la sociedad, donde se empieza a manejar el tema de los grupos económicos o sociales, quedando eliminada de esta manera la antigua dualidad Estado-individuo y permite ver que hay conflictos debido a que en ocasiones los intereses pretendidos por estos grupos son contrarios al interés general. En fin, un Estado intervencionista es aquel donde por encima de la libertad, se pretende la igualdad y debido a esto se hace del Estado un suministrador de servicios de toda índole destinado a mejorar el nivel de vida de las gentes y no solo el de dedicarse a ser un guardián de las libertades públicas como lo era un principio. Sobre el nuevo enfoque del Estado infiere el profesor VIDAL PERDOMO⁶⁰: *“Jean Rivero ha dicho que la evolución del Estado ha ido del origen autoritario a la democracia y del Estado liberal al intervencionista.”*

El territorio Colombiano es definido como una República y Estado unitario en la organización político-administrativa, adquirida a partir de la Constitución de 1886. El concepto de República hace referencia a que el jefe de Estado no es un monarca sino un presidente elegido por voto popular y para un período determinado de cuatro años como lo establece la Carta Política. El concepto de Estado unitario es debido a que en Colombia se reconocen instituciones nacionales de decisión política, legal y judicial. Por ejemplo, se tiene un Congreso integrado por el Senado y la Cámara de Representantes y es el único órgano encargado de emitir las leyes, un gobierno nacional formado por el presidente, los ministros y directores de Departamentos administrativos que tienen la tarea de controlar el

⁶⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 10 ed. Bogotá: TEMIS, 1994. p. 5.

orden público y dirigir la economía del país, así mismo, existen centros encargados de la unificación y administración de justicia como lo son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Este tipo de estructuración desemboca en una centralización del poder político, que es una de las características del concepto de Estado según el tratadista KELSEN.

3.6. Estado centralizado en lo político y descentralizado en lo administrativo.

Colombia a partir de la Constitución de 1886 es una República unitaria donde solo existe la soberanía de la Nación, una única Carta Política que es la Constitución política de Colombia y el Congreso de la República es la única autoridad encargada de dictar las leyes.

La última Carta Política ha sido la Constitución de 1991, donde en su artículo primero proclama:

“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Como se observa, la formula adoptada por la Constitución Política de 1991 y que viene de su antecesora la constitución de 1886, es como ya se sabe: *“centralización política y descentralización administrativa.”* Aquí, la *“centralización política se manifiesta en la unidad de soberanía, la unidad de régimen presidencial, la unidad constitucional, la unidad legislativa, la unidad electoral, la unidad judicial y la unidad de control.”*⁶¹

Ha suscitado gran polémica el hecho de que Colombia sea una República descentralizada, término este que no debe confundirse o interpretarse (motivo por el cual se generó la controversia) con una forma de federalismo, como lo aclara el maestro VIDAL PERDOMO⁶² al referirse tanto a la Constitución de 1886 como a la de 1991, donde dice que ambas acogen un Estado unitario político pero descentralizado en lo concerniente a la administración, y que en ningún momento se ha acogido el antiguo sistema federal que regía en Colombia antes de la emisión de la constitución de 1886. Aunque con la última Carta Política de 1991 se han suscitado mayores dudas al consagrarse en estas la elección popular de Alcaldes y de Gobernadores, tornándose así un falso ambiente en el cual se empiezan a ver los Departamentos como entes territoriales producto de un supuesto federalismo. A lo cual expone el mencionado autor: *“El régimen federal debe aparecer de manera franca en las constituciones, y no de soslayo. En verdad la elección popular corresponde más a un deseo de participación democrática que a un cambio de sistema político.”*

⁶¹ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 75

⁶² VIDAL PERDOMO, 7 ed. Op. cit., p. 29

Asimismo, el tratadista RODRIGUEZ RODRIGUEZ⁶³, al referirse a dicha fórmula expone:

“Esta fórmula jurídico-política quiere decir que las funciones políticas quedan centralizadas, mientras que la función administrativa es objeto de descentralización. Dicho en otras palabras, el Estado se reserva el ejercicio de las funciones constitucional, legislativa y judicial, mientras que la función administrativa o ejecutiva la comparte con las secciones o provincias”.

Los siguientes son apuntes mencionados por el autor sobre la anterior fórmula adoptada en Colombia:

- *“Solo existe en Colombia una Constitución para todo el país, y las leyes, incluyendo los principales códigos, son también de carácter nacional.*
- *”La administración de justicia se imparte siempre en nombre de la república, por ello la rama legislativa del poder está conformada solamente por el Congreso nacional, con sus dos cámaras y no existen organismos regionales de carácter legislativo.*
- *”Las asambleas departamentales y los concejos municipales son simples “corporaciones administrativas” (C.P., arts. 299-312), debido a que la rama legislativa está completamente centralizada y ni siquiera utiliza el fenómeno de la desconcentración territorial, pues ejerce todas las funciones desde la capital.*
- *”La rama judicial también está centralizada, pero utiliza el mecanismo de la desconcentración territorial, pues existen tribunales y juzgados en todos los departamentos y municipios del país, los cuales administran justicia en nombre de la república.*
- *”El hecho de que la rama administrativa se encuentre descentralizada no quiere decir que esta función está otorgada totalmente a departamentos y municipios. Simplemente, debe entenderse que parte de esa función se otorga a las entidades territoriales, pero el Estado se reserva las partes más importantes como son las funciones de presidente de la república, los ministros y de más autoridades administrativas nacionales.”*

Sobre la misma fórmula política adoptada en Colombia opina el doctor AYALA CALDAS⁶⁴:

“En nuestro país por ser un Estado Unitario, existe una Constitución y una sola legislación, que rigen e imperan en toda la nación; la Administración de justicia es nacional, pero está desconcentrada (artículo 228 de la C.P), y solo se presenta un órgano legislativo, que es el Congreso (artículo 114 de la C.P).”

⁶³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. Cit; p. 29-32

⁶⁴ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 74

Mas adelante el autor agrega “*existen funciones que ejerce el sector central, tales como la electoral, la de control, la judicial y la militar, las cuales para una mayor eficacia se desconcentran; por ello existe por ejemplo, el Consejo Nacional Electoral y el registrador nacional del estado civil, con representantes en los diferentes departamentos, distritos y municipios, ya que elecciones no sólo hay en Bogotá sino en todo el país.*”

II. NOCIONES GENERALES DE ADMINISTRACION PÚBLICA

El Estado actúa en beneficio del interés general así como en el desarrollo y continúa prestación de los servicios públicos para atender intereses comunes o colectivos a la población. El Estado posee y maneja bienes y recursos ya que es una empresa política que tiene su propia organización y sentido administrativo, cuyo fin es la satisfacción del bienestar general social.

Como se anotó anteriormente cuando se expuso el tema del Estado, Colombia es un país centralizado políticamente, descentralizado en lo administrativo y autónomo en sus entidades territoriales, por tal motivo hay clara distinción en la función administrativa estatal con reparto de los intereses generales, sin perder de vista que toda esta estructuración se hace de manera coordinada con miras a un único objetivo: *conseguir el bien común de la sociedad*. (C.N., art. 209). O en palabras del profesor SANTOFIMIO GAMBOA⁶⁵ “*al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad*”.

1. Administración

El término administración se refiere tanto a una actividad, la de administrar o gestionar; como también a los órganos o a la organización que realizan esa actividad. La administración en general es una organización y se puede enfocar desde dos puntos de vista: el material o funcional y el orgánico, estructural o estático.

El primero se refiere a la actividad, al actuar de una entidad, negocio o empresa, a la dinámica de las mismas y el segundo, se relaciona con los órganos, las personas naturales o físicas que actúan a través de las cuales se manifiestan la entidad, el negocio o la empresa.

Para el tratadista AYALA CALDAS⁶⁶ la administración moderna tiene tres características principales, a saber:

⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit., p. 370

⁶⁶ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 25

1. *“La burocratización o heteroadministración, puesto que para cumplir sus actividades se cuenta con un grupo de personas que realizan tareas o labores específicas, especiales y diferentes.*
2. *”La separación funcional, es decir, que habrá una administración normativa y otra administración ejecutiva, la primera, se confía a un órgano plural llamado junta o concejo, el cual fija las políticas de la empresa y la segunda, se encomienda a un órgano unipersonal, que es el ejecutor de las políticas empresariales, que se denominan comúnmente, gerente o director.*
3. *”Una jerarquización interna, donde se presentan jefes y subalternos o subordinados”.*

2. Administración pública

La expresión administración pública solo puede ser entendida (en lo jurídico o político), a partir del verbo rector cuya acción desarrolla, esta es, la de administrar. En su concepción moderna administrar entraña la idea de dirigir, cuidar, gestionar bienes e intereses, la economía, lo público o lo privado. Combinando sus diferentes acepciones y procurando el significado de las mismas, se puede concluir que administrar, dentro del concepto de dirección, implica decisiones, orientaciones y aplicaciones; por lo tanto, los de organización, planeación y coordinación. Se trata de conceptos dinámicos, de acción plena, que ubicados en el mundo de la administración pública le trasladan e imprimen una nueva perspectiva en cuanto al cumplimiento de los cometidos estatales, dentro de los senderos del Estado Social de derecho.

El concepto de administración pública, así entendido, esto es, dinámico y finalista, involucra el mas claro y profundo compromiso de las instituciones, autoridades, servidores y particulares de entender y ejecutar las funciones, atribuciones o competencias propias de la administración pública en dirección a la satisfacción del interés general o comunitario, para lo cual cuenta con los medios y las prerrogativas de autotutelas necesarios.

Solo existe administración pública allí donde el objeto y la finalidad de los órganos y de las actividades públicas se justifican y se desarrollan frente a las necesidades de la población. Lo contrario constituiría su negación y el actuar público se tornaría subjetivo, personalizado, desviado de los más altos intereses fundamentales de la cosa pública, como son los generales⁶⁷.

3. Autotutela⁶⁸

El concepto de autotutela de la administración pública como principio básico característico de sus decisiones y operaciones tendientes al cumplimiento de los cometidos estatales fue

⁶⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Op. Cit., p. 31-34

⁶⁸ *Ibíd.* p. 35

desarrollado ampliamente por la doctrina española, principalmente por los trabajos de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA.

Por lo tanto, la debida y oportuna satisfacción de los intereses públicos implica concebir y reconocer, por regla general, en las actuaciones de la administración pública lo que la doctrina española ha ponderado como las prerrogativas de autotutela o de acción unilateral directa e inmediata en aras de la efectividad y eficacia de las decisiones administrativas. Consiste esta figura, exótica dentro del Estado de derecho, en la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y desempeño a las decisiones administrativas, sin la necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales. En otras palabras, se trata nada más y nada menos que de entender como propio y natural de la actividad administrativa el poder suficiente y la capacidad necesaria para tutelar por sí misma los bienes jurídicos cuya realización se le encomiende.

4 Funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial.

Las funciones del Estado son los medios, formas o mecanismos variados que adopta el Derecho para ejecutar y cumplir con los fines del Estado.

4.1 Función legislativa

El italiano GUIDO ZANOBINI⁶⁹ por su parte, expresa que la función legislativa es la actividad del Estado encargada a la creación de actos regla, que son aquellos que generan situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas.

4.2 Función ejecutiva

También llamada función administrativa, y de acuerdo con el criterio material o estructural, es la actividad del Estado encaminada a la ejecución de las leyes. La función administrativa maneja dos horizontes: la persecución del orden jurídico y social y la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado.

Siguiendo al profesor AYALA CALDAS⁷⁰ a continuación se expone una gama de criterios emitidos por la doctrina a nivel mundial sobre el concepto de la función administrativa del poder público.

⁶⁹ AYALA CALDAS. Elementos de derecho administrativo general. Op Cit., p. 20

⁷⁰ Ibíd. p. 21

“Para el argentino BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, la función administrativa tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.”

“Para el argentino MIGUEL MARIENHOFF, la función administrativa es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran.”

“El español SABINO ALVAREZ GENDIN, entiende por función administrativa, la actividad de los órganos que aplican mas bien las leyes y los reglamentos del poder Ejecutivo del Estado y de las administraciones locales, y de los agentes de gestión con el fin de satisfacer necesidades públicas.”

4.3 Función judicial

La función judicial es aquella actividad del Estado que tiene como objetivo resolver las controversias, así como declarar el Derecho. Por lo regular esta actividad corresponde a la rama judicial del poder público.

En términos generales, la función judicial se ejecuta cuando se emiten decisiones en cuestiones jurídicas controvertidas, donde estos pronunciamientos hacen tránsito a cosa juzgada, o sea, que la decisión adoptada por la autoridad competente se debe hacer cumplir por las partes en litigio o disputa, esto porque se supone la decisión tomada acatando los presupuestos constitucionales para la solución de conflictos en todos los ámbitos, bien sea entre particulares o entre estos y el Estado.

5 Ramas del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial.

5.1 Rama legislativa

La rama legislativa del poder público es la encargada de emitir las leyes, reformar la Constitución y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Se encuentra conformada únicamente por el Congreso de la República quien a su vez está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

5.1.1 Congreso de la República

El Congreso es una importante corporación representativa del pueblo, esto es, de los partidos y movimientos políticos que en el Congreso se encuentran representados en proporción a su fuerza político-electoral.

Teóricamente, los congresistas representan al pueblo, y sus acciones deben de ser conforme al bien común y a la justicia, siendo estos responsables del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad y los electores.

El tratadista HENAO HIDRÓN⁷¹ al referirse al Congreso expone:

“Como consecuencia de la representación política que ostenta, el Congreso brinda firme apoyo al partido gobernante o confiere a la oposición la posibilidad de influir sobre la opinión pública y el ejecutivo. Es, adicionalmente escenario propicio para la expresión de las ideas sobre los sistemas y métodos de gobierno, y estimula la formación y consolidación del liderazgo político.”

5.1.2 Funciones del congreso

Según el artículo 114 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República:

1. Reformar la Constitución
2. Hacer las leyes
3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

5.1.3 Función constituyente

El Congreso es el encargado de considerar los proyectos de reforma de la Carta Política, esto como iniciativa que puede provenir de cualquiera de los siguientes entes⁷²:

- Diez (10) de sus miembros (congresistas).
- El gobierno nacional.
- Número de ciudadanos equivalente al menos al cinco por ciento (5%) del censo electoral vigente.
- Porcentaje de los concejales o de los diputados del país (30% conforme al artículo 155 de la Constitución Política).

La Carta Política también puede ser reformada por el constituyente primario, o sea, por el pueblo en votación popular mediante referendo, o también lo puede hacer por medio de una asamblea constituyente. Estos proyectos, son tramitados en el Congreso de la República.

5.1.4 Función legislativa

Sobre esta función la doctrina⁷³ expresa:

⁷¹ HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. 11 ed. Bogotá: TEMIS, 1998. p. 263.

⁷² *Ibíd.* p. 264

“Como rama legislativa del poder público, al Congreso le corresponde hacer las leyes, es decir, expedir las leyes de la república: normas generales, impersonales y coercibles que regulen la vida en sociedad de los habitantes del territorio colombiano.”

La función legislativa que corresponde al Congreso comprende fundamentalmente materias a las cuales hace referencia el artículo 150 de la Constitución: interpretar, reformar y derogar las leyes; aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas; expedir la ley orgánica del presupuesto nacional y el presupuesto anual de rentas y gastos; definir la división general del territorio; determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro del régimen de autonomía; crear o autorizar la creación de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta; expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia; establecer impuestos y contribuciones; determinar la moneda legal; aprobar o improbar los proyectos de tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional; tratar el tema de la aprobación de los indultos políticos; expedir el estatuto general de contratación pública; exponer las leyes de intervención económica y las relacionadas con el Banco de la República.

5.1.5 Control político

El control político del Congreso en relación con el gobierno y la administración se ejerce en sesiones de tipo ordinario y extraordinario. En términos generales:

- Citación a los ministros: Cada Cámara y las comisiones permanentes tienen la facultad de citar y requerir a los ministros asistir a las sesiones para rendir informes acerca de los actos de la administración. Es también ante las cámaras donde los ministros presentan los proyectos de ley y toman parte en los debates.
- Moción de censura: Introducida por la Carta Política de 1991 y es un instrumento propio del Congreso, con ésta, se permite mediante la conformación de las llamadas coaliciones establecer la posibilidad que uno o varios ministros sean separados de su cargo mediante votación realizada en el Congreso.
- Juicios ante el Senado: La cámara de representantes es el órgano encargado de acusar ante el Senado cuando existen causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y al fiscal general de la nación.

⁷³ *Ibíd.* p. 265

- Control al gobierno durante los estados de excepción: Los estados de excepción son producto de guerra exterior, conmoción interior, o crisis del orden económico, social, y ecológico del país.

“El Presidente y los ministros tienen una responsabilidad específica en relación con los estados de excepción: serán responsables no solo por declararlos sin haber ocurrido las circunstancias que determina la Constitución sino por cualquier abuso que hubiere cometido en el ejercicio de las facultades correspondientes. De modo que, en estas materias, puede surgir una eventual acusación de la Cámara ante el Senado, por responsabilidad de aquellos funcionarios.”⁷⁴

5.2 Rama ejecutiva

La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

- 1) La presidencia de la República.
- 2) La vicepresidencia de la República.
- 3) Los consejos superiores de la administración.
- 4) Los ministros.
- 5) Los departamentos administrativos.
- 6) Las superintendencias con personería jurídica.
- 7) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 8) Los establecimientos públicos.
- 9) Las empresas industriales y comerciales del Estado.
- 10) Las superintendencias sin personería jurídica.
- 11) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
- 12) Las empresas sociales del Estado.
- 13) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 14) Los institutos científicos y tecnológicos.
- 15) Las sociedades públicas.
- 16) Las sociedades de economía mixta.
- 17) Las gobernaciones (C.N., art. 115).
- 18) Las alcaldías (C.N., art. 115).
- 19) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público (Ley 489 de 1998, art. 38).

5.3 Rama judicial

⁷⁴ Ibíd. p. 276

La rama judicial es la encargada de la administración de justicia, lo hace en forma desconcentrada y autónoma por medio de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo superior de la Judicatura (sala jurisdiccional disciplinaria), la Fiscalía General de Nación, los tribunales y los jueces.

6 Organismos de control

El proceso de independencia y autonomía de los organismos de control del Estado no se presentó en Colombia de manera espontánea, sino de una forma lenta y complicada. Fue la Constitución de 1991 quien introdujo el concepto de órganos autónomos e independientes cuando preceptúa en su artículo 113 que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.” Continuando mas adelante “además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (...)”.

La fiscalización del Estado está a cargo actualmente por dos órganos de control y se encuentran estructurados en forma autónoma e independiente, estos son:

- El Ministerio Público, y
- La Contraloría General de la República.

6.1 Ministerio público

Corresponde su ejercicio al Procurador General de la Nación, al defensor del pueblo, a los procuradores delegados, a sus agentes ante las autoridades jurisdiccionales, a los personeros municipales y demás funcionarios que determine la ley.

Dentro de sus funciones cuentan:

El encargo como representación de la sociedad de la protección del interés público, de la guarda y promoción de los derechos humanos, de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, y de imponer sanciones disciplinarias a quienes incumplan sus deberes en el desempeño de sus funciones públicas.

Respecto a los agentes del ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales, estos intervendrán en los procesos relacionados con la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

6.2 Contraloría general de la república

El principio de la separación de los poderes planteado de antaño por MONTESQUIEA, se ha venido transformado o evolucionado hasta llegar incluso a la idea de concebir órganos separados de las tres ramas básicas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Con base en esto, es como la nueva Constitución Política Colombiana en sus artículos 117 y 119 consagra la existencia de la Contraloría General de la República como uno de esos órganos separados de las tres ramas fundamentales y con objeto de encargarse de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, de acuerdo con las normas consagradas en los artículos 267 a 271 de la Constitución Política.

Adicional, se considera la existencia de las contralorías departamentales, distritales y municipales, encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios. (C.P., art. 272).

Al respecto el tratadista HENAO HIDRÓN⁷⁵ dice:

“El control ya no será meramente numérico-legal sino de gestión y de resultados, de manera que se puedan evaluar la eficiencia, la economía, la equidad y los costos ambientales.

”Un control de tal naturaleza, ejercido por funcionarios que tengan un concepto diáfano de la ética y la estética de la administración pública, debe tener la virtud de calificar definitivamente la gestión cumplida por los servidores públicos y, por ende, la autoridad para repetir favorable o desfavorablemente en el veredicto ciudadano que suele ser fruto de la influencia de la imagen creada por los medios de comunicación social.”

Hasta aquí se han expuesto los postulados básicos sobre la Constitución Política, temas estos que junto con el de las clases de personas que será abordado a continuación, son de extrema importancia para abordar con más éxito conceptos posteriores de administración pública.

7 Organización electoral

El Consejo de Estado⁷⁶, al referirse a la organización electoral expone:

“El preámbulo de la Constitución indica que la nación colombiana debe tener un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, para lo cual es indispensable que exista una organización, independiente de las tres ramas tradicionales del poder público y de los otros organismos estatales, que realice las

⁷⁵ Ibíd. p. 339

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número 1267, Marzo 9, 2000, consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Actor: Ministro del Interior.

elecciones con imparcialidad y plena libertad de participación, a fin de que los resultados de éstas sean la expresión de la verdadera voluntad popular.”

”El artículo 120 de la Constitución instituye la organización electoral en los siguientes términos:

”La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas”.

Como lo conceptúa el honorable Consejo de Estado, es la Constitución Política de 1991 quien le otorga a la organización electoral expresamente la condición de un órgano del Estado autónomo e independiente. Su organización está a cargo de las siguientes corporaciones, dependencias y funcionarios:

1. El Consejo Nacional Electoral
2. La Registraduría Nacional del Estado Civil
3. Los delegados del registrador nacional del estado civil
4. Las registradurías distritales, municipales y auxiliares
5. Los delegados de los registradores distritales y municipales.

De los anteriores entes nombrados y dado el grado de extensión y alcance de la presente obra solo serán tratados los principales organismos de dicha organización:

7.1 Consejo nacional electoral

Tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral en temas como el escrutinio general de toda la votación nacional, velar por el desarrollo de los procesos electorales en condición de plenas garantías, así como elegir y renovar al registrador nacional del estado civil, entre otras.

También en relación con los partidos y movimientos políticos la compete reconocerles personería jurídica, temas relacionados con la escogencia de los candidatos, su participación en los medios de comunicación y demás relacionados con publicidad y eventos.

7.2 Registraduría nacional del estado civil

Se encuentra integrada por el Registrador Nacional del Estado Civil quien es elegido por el Consejo Nacional Electoral para un período de cinco años sin posibilidad de reelección. La Registraduría Nacional del Estado Civil es la encargada de la dirección y organización de

las elecciones, la identificación de las personas mediante expedición de cédulas de ciudadanía y tarjetas de identidad, y del registro civil, entre otras.

Asimismo, del artículo 266 de la Carta Política, se desprende que la Constitución asigna al Registrador Nacional del Estado Civil, entre otras, la función de dirigir y organizar las elecciones y le confiere capacidad de contratación en nombre de la Nación, en los casos que disponga la misma ley que establece las funciones. Esto significa que la Constitución previó la determinación, en esa ley de funciones del Registrador, de unos contratos y del procedimiento para la celebración de los mismos, según las circunstancias en que ello ocurra, incluso, estos contratos pueden celebrarse prescindiendo de licitación pública, siempre y cuando se tenga previa autorización por el Consejo de Ministros.

8 Personas naturales y jurídicas

Desde el punto de vista jurídico “persona es todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones”, pero esta definición de persona no es única y exclusiva del derecho administrativo, ya que proviene del derecho civil.

En atención al Código Civil (art. 73) “las personas son naturales y jurídicas”. Por lo general a las personas naturales se les denomina personas físicas y estas según el código civil son “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición” y se le llama persona jurídica (art. 663) a “una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” ambas clases de personas anteriormente vistas actúan dentro del derecho administrativo, esto es, son participes dentro de la administración pública y en sus relaciones. Es así como un empleado de la administración, llámese gobernador, alcalde, o un representante legal de una entidad estatal son personas naturales o físicas que dado su oficio trabajan para una persona jurídica; siguiendo el ejemplo respectivamente: la gobernación, la alcaldía, o la entidad estatal.

Sobre el particular, el profesor RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ⁷⁷ infiere:

“A pesar que la administración esté representada por personas naturales, como lo dice el profesor RIVERO, << los agentes públicos desaparecen detrás de las colectividades en nombre y por cuenta de las cuales ellos actúan>>. Es decir, que como salvo en algunos casos relacionados con la responsabilidad, la actuación de los funcionarios no es personal, si no que ella se lleva a cabo en nombre de una persona jurídica a la cual ellos representan y que es, en consecuencia la afectada por esa actuación”. A lo cual se puede concluir que la anterior situación “implica que en toda relación de derecho administrativo estará presente, por lo menos, una persona jurídica, presencia que no es necesaria en las relaciones jurídicas de derecho privado.”

⁷⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 43

En Colombia, las personas jurídicas las hay de dos clases: privadas y públicas. Según el Código Civil Colombiano, las personas jurídicas privadas son las fundaciones y las corporaciones, éstas últimas se pueden presentar como asociaciones y sociedades o compañías.

Según la doctrina y la jurisprudencia, existen diversos factores que hacen que una persona jurídica sea pública o privada, estos son:

- El fin perseguido.
- La iniciativa en la creación.
- La naturaleza del capital.
- El régimen jurídico aplicable.

Así, hay quienes clasifican a las personas jurídicas como públicas o privadas según: si son creadas por iniciativa estatal o por iniciativa privada, si persiguen fines de interés público o por el contrario fines privados; para un tercer grupo la diferencia radica en el capital si éste es de origen estatal, son personas públicas, o por el contrario si es de origen privado, entonces son personas privadas y para un grupo final, la diferencia se basa en conocer a qué régimen están sometidas, es decir, si se rigen por el derecho público o por el derecho privado. A lo cual el mismo autor concluye:

En la legislación colombiana como son los textos legales y la Constitución Política de 1991, puede decirse que en el régimen jurídico las personas públicas, o “entidades públicas”, son aquellos organismos de origen estatal cuyo capital o patrimonio también es estatal o público a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que, por regla general se encuentran sometidas al derecho público salvo excepciones legales.

Las personas jurídicas públicas en Colombia o, lo que es lo mismo las entidades públicas en Colombia son:

- El Estado o la nación.
- Los departamentos
- Los municipios
- Los distritos
- Las asociaciones de municipios
- Las áreas metropolitanas
- Los establecimientos públicos
- Las empresas industriales y comerciales del Estado.
- Las empresas industriales y comerciales de las entidades territoriales.
- La superintendencia con personería jurídica.

- Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- Las empresas sociales del Estado.
- Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- Los institutos científicos y tecnológicos.
- Las sociedades públicas.
- Las sociedades de economía mixta.
- El Banco de la República.
- Los entes universitarios.
- Las corporaciones autónomas y regionales.
- La comisión nacional de televisión.
- Las instituciones extranjeras nacionalizadas y
- El fondo de garantía financiera.

En materia de contratación, el profesor LIBARDO RODRIGUEZ⁷⁸ expone que “debe tenerse en cuenta que la ley 80 de 1993, que contiene el estatuto general de contratación pública, reconoce capacidad para contratar a todas las que denomina *entidades estatales*, entre las cuales se encuentran, además de la nación y las entidades territoriales y descentralizadas por servicios, algunas que tradicionalmente se han consagrado apenas como órganos de la nación”. En este caso se tienen:

- 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

Y en general “todos los organismo o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos” (Ley 80 de 1993, art. 2).

8.1 Clases de personas jurídicas públicas

Las personas jurídicas públicas en Colombia son de origen constitucional y legal⁷⁹:

a) Origen constitucional

⁷⁸ *Ibíd.* p. 35-36

⁷⁹ AYALA CALDAS. *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*. Op Cit., p. 51-52

- 1) La nación o el Estado, incluyendo los ministerios los departamentos administrativos, las superintendencias sin personería jurídica y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
- 2) Los departamentos (C.P., art. 286)
- 3) El distrito capital de Bogotá (C.P., art. 322)
- 4) Los distritos especiales (C.P., arts. 286 y 328)
- 5) Los municipios (C.P., art. 286)
- 6) Los territorios indígenas (C.P., art. 286)
- 7) El Banco de la República (C.P., art. 371)
- 8) La comisión nacional de televisión (C.P., art. 76)
- 9) La comisión del servicio civil (C.P., art. 130)

b) Origen legal

- 1) Las regiones
- 2) Las provincias
- 3) Las áreas metropolitanas
- 4) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica
- 5) Las superintendencias con personería jurídica
- 6) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios
- 7) Las empresas sociales del Estado
- 8) Los establecimientos públicos
- 9) Las empresas industriales y comerciales del Estado.
- 10) Los institutos científicos y tecnológicos
- 11) Las sociedades públicas
- 12) Las asociaciones entre entidades públicas
- 13) Las fundaciones de capital público
- 14) Los entes universitarios autónomos
- 15) Las corporaciones autónomas regionales.

Una vez aclarado el concepto de estructura administrativa, es necesario conocer como está determinada la estructura administrativa básica de carácter constitucional, a saber:

1. NACIONAL: Por mandato de la Constitución nacional en su artículo 150 numeral 7°, corresponde al Congreso la determinación de la estructura de la administración Nacional. Siendo esta:

- La presidencia de la República.
- Ministerios
- Departamentos administrativos

- Superintendencias
- Establecimientos públicos
- Empresas industriales y comerciales del Estado y
- Sociedades de economía mixta.

2. DEPARTAMENTAL: su determinación estructural corresponde a la Asamblea Departamental. (C.P., art. 300, num. 7°). Formada así:

- Establecimientos públicos
- Empresas industriales y comerciales del Departamento y
- Sociedades de economía mixta.

3. MUNICIPAL: El órgano encargado de su estructuración es el Concejo municipal según lo determina el artículo 313 numeral 6° de la Carta Política. La estructura es:

- Establecimientos públicos
- Empresas industriales y comerciales del Municipio y
- Sociedades de economía mixta.

9 Estructura de la administración nacional

Sobre el concepto de la “estructura” en la administración pública, el profesor MENDOZA PALOMINO⁸⁰, expresa:

“La administración como actividad dirigida a la realización concreta de los objetivos o fines de una empresa, se materializa en los recursos tanto humanos como materiales, exigidos para ello. Así, la función administrativa se ordena en conjunto de partes que se especifican en entidades, dependencias, cargos y funciones. Su determinación, distribución y orden dan como resultado la estructura.” En Colombia, la administración pública nacional se estructuró con la reforma administrativa de 1998 (Ley 489 de 1998).

“La administración pública se integra por los organismos que componen la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano (Ley 489 de 1998, art. 39).”⁸¹

⁸⁰ MENDOZA PALOMINO, Op. Cit., p. 237

⁸¹ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 76

La administración pública en el orden nacional está integrada por dos sectores, a saber:

- El sector central, y
- El sector descentralizado por servicios.

A continuación se pasará a examinar de manera detallada el sector central y posteriormente, se analizan los organismos que componen el sector descentralizado, sin mostrar a detalle ésta última área. Esto, no porque el sector descentralizado sea considerado de menor importancia ni mucho menos, sino que responde básicamente es a motivos de brevedad en el trabajo.

10 Estructura del sector central de la administración pública

El papel del poder central consiste, ante todo, en asegurar la acción administrativa y la dirección general de los servicios públicos en todo el territorio y ésta tarea se cumple por medio de la actividad jurídica y la expedición de decretos, resoluciones o decisiones del Presidente de la República y sus ministros.

Según la Ley 489 de 1998 (art. 39), los organismos principales de la administración nacional son:

- 1) La presidencia de la República.
- 2) Los ministros.
- 3) Los departamentos administrativos.

A nivel nacional el sector central de la administración pública esta integrado por:

- 1) La presidencia de la República.
- 2) La vicepresidencia de la República.
- 3) Los ministros.
- 4) Los departamentos administrativos.
- 5) Los consejos superiores de la administración.
- 6) Las superintendencias sin personería jurídica.
- 7) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

10.1 Presidencia de la república

La presidencia de la República está integrada por el conjunto de servicios auxiliares del presidente de la República y su régimen será el de un departamento administrativo (Ley 489 de 1998, art. 56).

10.1.1 Presidente de la república

“El presidente de la República es jefe de Estado, jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa” (C.P., art. 115). Además, según la misma Carta Política (art. 188) “el presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.”

En Colombia se encuentran centralizadas en la figura del presidente funciones políticas y administrativas, tal como lo expone el anterior artículo de la Carta política. Esto es contrario a otros sistemas de gobierno como el parlamentario donde una es la persona que tiene la jefatura del Estado llamado: monarca o presidente de la República, y otra es la persona que tiene la jefatura del gobierno quien es llamado el primer ministro. Entendiendo esto, se analiza como el presidente de la República de Colombia es cabeza de la rama ejecutiva y también suprema autoridad administrativa.

Las funciones atribuidas al presidente se hallan consagradas en la Constitución Política en su artículo 189 y son funciones que corresponden al presidente de la República en calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. Para dar un bosquejo de las facultades adquiridas por el presidente se hace uso del siguiente fragmento del maestro VIDAL PERDOMO⁸² en su tratado de derecho administrativo:

“De la amalgama de las facultades de cabeza de gobierno y de suprema autoridad que tiene el presidente de la República resultan para él una serie de competencias que muestran la dirección de la gestión administrativa del Estado que la Constitución le ha confiado. Excepto la autonomía administrativa que la Constitución otorgó a los Departamentos y Municipios, toda la marcha de la administración colombiana esta impulsada directa o indirectamente por el presidente de la República. Si a ese cúmulo de funciones se suma la derivada del manejo de las relaciones internacionales (esto en calidad de jefe de Estado) y la de su participación en la actividad de la rama legislativa y la rama jurisdiccional [hoy día rama judicial], se encuentra fácilmente la enorme cantidad de poder que tiene en sus manos este funcionario.”

A continuación se mencionan de manera detallada las funciones del presidente en cada una de las diversas calidades que le confiere la Constitución Política:

10.1.2 Jefe de Estado

Las funciones del presidente como jefe de Estado son fundamentalmente las que conciernen a la dirección de las relaciones internacionales, la seguridad exterior de la república, la declaración de guerra y el tratado de paz.

⁸² VIDAL PERDOMO, 7 ed. Op. cit., p. 109

Es así como nombra a los agentes diplomáticos y consulares, recibe a los agentes respectivos y celebra tratados o convenios de carácter internacional (previa aprobación del Congreso), defiende la independencia y honra de la nación y la inviolabilidad del territorio, declara la emergencia exterior (previa autorización del Senado), repele ataques extranjeros, dirige las operaciones de guerra (si lo considera conveniente) y ocasionalmente (en receso del Senado y previa autorización del Consejo de Estado) permite el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional.

10.1.3 Jefe de gobierno

En esta calidad, conforma sus inmediatos colaboradores: los ministros y directores de departamentos administrativos; dirige la fuerza pública y dispone de ella como comandante supremo de las fuerzas armadas; conserva el orden público en todo el territorio y donde éste fuere perturbado lo restablece; declara los estados de conmoción interior y de emergencia en el orden económico, social y ecológico, así como ejercer facultades para impedir la extensión de estos efectos.

10.1.4 Suprema autoridad administrativa

El Presidente de la República, en su calidad de jefe de la administración nacional, le corresponden numerosas atribuciones destinadas a hacer cumplir las leyes, conformar su equipo de colaboradores, dirigir el personal de empleados, organizar la administración central, coordinar el trabajo de las entidades descentralizadas, impulsar el desenvolvimiento de la nación, asegurar la prestación de los servicios públicos, y ejercer la inspección y vigilancia sobre actividades de diversa índole.

El Presidente de la República, como funcionario que es, puede encontrarse en las siguientes situaciones de faltas:

- 1) Absolutas
- 2) Temporales.

Son faltas absolutas:

- 1) La muerte.
- 2) Su renuncia aceptada.
- 3) La destitución decreta por sentencia.
- 4) La incapacidad física permanente.
- 5) El abandono de cargo.

Son faltas temporales:

- 1) La licencia
- 2) La enfermedad
- 3) La suspensión

Según MARIO MADRID MALO GARIZÁBAL⁸³ al hablar sobre el régimen presidencial en Colombia expone:

*“Entre los regímenes Latinoamericanos caracterizados por la nota de la preponderancia del ejecutivo, el de Colombia es uno de los pocos que en este siglo no ha experimentado atenuaciones. El **presidencialismo absorbente** que instauró en 1886 la Regeneración, ha cumplido ya cien años de vida sin perder sus rasgos primordiales. Por el contrario, el carácter predominante de nuestro **gobierno presidencial** se ha acentuado con el paso del tiempo, y la figura del jefe del ejecutivo tiene, desde hace mas de cien años, un protagonismo indiscutible en todos los campos de nuestra vida institucional. El presidencialismo colombiano da a nuestra Carta Política una fisonomía propia y peculiar.”*

Según FRANCISCO DE PAULA PEREZ⁸⁴ el régimen simplemente representativo o presidencial, se distingue:

- 1) Porque los ministros son nombrados libremente por el jefe de Estado, sin obligación de tener en cuenta las opiniones predominantes en el parlamento.
- 2) De igual manera, retira de sus cargos a los ministros.
- 3) Los ministros son independientes del parlamento, y no tienen la obligación de renunciar por censuras y rechazos de las cámaras, los cuales constituyen actos prohibidos.
- 4) El jefe de Estado ejerce realmente la función ejecutiva, y los ministros son consejeros suyos y colaboradores responsables por los actos de la administración.

10.1.5 Responsabilidad del presidente

El candidato político que sale electo como resultado del sufragio popular para que ocupe la presidencia de la República; lo hace ante el Congreso o ante la Corte Suprema de Justicia, en defecto de la Corte, entonces tomará posesión ante dos (2) testigos (C.P., art. 192). De igual forma el juramento que debe realizar dice: “JURO POR DIOS Y PROMETO AL PUEBLO CUMPLIR FIELMENTE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE COLOMBIA.”

Así, el presidente o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones, que violen la Constitución o las leyes (C.P., art. 198). Siendo la Cámara de Representantes el

⁸³ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 89-90

⁸⁴ Ibíd. p. 90

organismo encargado de conocer las denuncias y quejas que se presenten contra el presidente de la República. Mas a fondo, las funciones de la Cámara en esta materia se pueden resumir así⁸⁵:

- a. Conocer las denuncias y quejas por faltas disciplinarias que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra el presidente de la República o quien haga sus veces. De ser admitida tal denuncia, o en lenguaje jurídico, si dicha denuncia tiene mérito, entonces se procede a acusar ante el Senado.
- b. Acusar ante el Senado, cuando hubiere mérito en las acusaciones formuladas contra el presidente de la República, esto es, cuando hubiere causas constitucionales (C.N., art. 178).

10.2 Vicepresidencia de la república

En Colombia, el vicepresidente al igual que el Presidente de la República, son elegidos por votación popular y comparten la misma fórmula política, son elegidos en la misma fecha y por el mismo período. El vicepresidente de la República, reemplaza al Presidente en aquellos casos donde éste falte. El presidente le puede confiar misiones o encargos especiales o designarlo en la rama ejecutiva, todo esto, será ejercido por el presidente de conformidad con lo establecido en la Constitución Política.

Según la Constitución Política, las funciones del vicepresidente de la República son:

- 1) Reemplazar al Presidente de la República en sus faltas temporales y absolutas.
- 2) Cumplir con las misiones o encargos especiales que le confíe el presidente.
- 3) Desempeñar cualquier cargo de la rama ejecutiva para el cual sea designado por el Presidente de la República.

El vicepresidente de la República puede encontrarse en las siguientes situaciones de faltas:

- 1) La muerte.
- 2) La renuncia aceptada.
- 3) La incapacidad física reconocida por el Congreso.

10.3 Ministerios

El nivel de importancia de los ministerios dentro del estudio administrativo es supremamente alto, ya que estos realizan la mayor parte de la tarea administrativa del gobierno, así mismo los ministros son los principales funcionarios políticos después del jefe de Estado.

⁸⁵ Ibíd. p. 97

Sobre los ministerios el profesor AYALA CALDAS⁸⁶ expone:

“Son entidades de la administración nacional central, que siguen en importancia a la presidencia de la República y que están encargados de orientar, organizar y realizar un conjunto de servicios públicos.”

- Los negocios que le corresponden a cada ministerio son distribuidos por el presidente de la República (C.P., art. 189, num. 17°).
- Es el Congreso de la República, el encargado de crear, suprimir o fusionar ministerios (C.P., art. 150, num. 7°).

10.3.1 Objetivos

Según la Constitución y la ley 489 de 1998, los ministerios tiene como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen (Ley 489 de 1998, art. 58).

10.3.2 Funciones

Las funciones de los ministerios se establecen en la ley y pueden ser generales o específicas, pero el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, puede distribuir los negocios entre los ministros (C.P., art. 189, num. 17°).

Las funciones generales son aquellas funciones que le son ordenadas a todos los ministerios y tienen origen en la ley⁸⁷:

- Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.
- Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y dar desarrollo a las ordenes del presidente que se relacionen con tales atribuciones.
- Cumplir las funciones y atender los servicios que le estén asignados.
- Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones públicas correspondientes a su sector.
- Coordinar la ejecución de sus planes y programas con las entidades territoriales y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica.
- Participar en la formulación de la política del gobierno en su respectiva área.

⁸⁶ Ibíd. p. 111

⁸⁷ Ibíd. p. 114-115

- Ejercer control de tutela administrativa o gubernamental en los organismos que se encuentren adscritos o vinculados a su ramo.
- Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de actividades y funciones en el respectivo sector.
- Promover la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionados con su ámbito de competencia.
- Organizar y coordinar el comité sectorial de desarrollo administrativo correspondiente.
- Velar por la formación del sistema sectorial de información respectivo, y hacer su supervisión y seguimiento.

Asimismo, las funciones específicas son las que corresponden particularmente a cada ministerio. Proviene no solo de las leyes, sino de la distribución de negocios o delegación de funciones que hace el presidente de la República en los ministerios (C.P., arts. 189, num. 17° y 211).

10.3.2 Enumeración de los ministerios en Colombia

Actualmente existen los siguientes ministerios, están ordenados según la ley:

- Ministerio del interior.
- Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Ministerio de Defensa Nacional.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Ministerio de Salud.
- Ministerio de Desarrollo Económico.
- Ministerio de Minas y Energía.
- Ministerio de Comercio Exterior.
- Ministerio de Educación Nacional.
- Ministerio del Medio Ambiente.
- Ministerio de Transporte.
- Ministerio de Cultura.

10.3.3 Ministros

Los ministros junto con los directores de departamentos Administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la

República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigen la actividad administrativa y ejecutan la ley (C.P., art. 208).

El ministro es colaborador inmediato y necesario del presidente de la República en la dirección general del Estado y por tal motivo se dice que cumple funciones administrativas, lo que técnicamente hablando les otorga el título de: *jefes superiores de la administración* al igual que a los directores de los Departamentos administrativos. Así, en su condición de jefe superior de la administración, el ministro se convierte en orientador, impulsor y definidor de la actividad administrativa que concierne al ministerio.

Es por esto que el artículo 115 de la Constitución política expresa:

“(...) el gobierno nacional está formado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos.” Así, *“el presidente y el ministro o director de Departamento administrativo correspondiente, en cada negocio particular, constituye el gobierno.”*

Y agrega el mismo artículo: *“Ningún acto del presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y directores de Departamentos administrativos y aquellos expedidos en su calidad de jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del Departamento administrativo, quienes por el mismo hecho se hacen responsables.”*

Las funciones a los ministros son aquellas que derivan del presidente de la República en uso de sus facultades legales cuando distribuye los negocios administrativos en los ministerios; además, las leyes asignan también funciones a los ministerios.

Además de funciones administrativas, los ministros cumplen funciones políticas en atención de la rama legislativa. Sobre este particular el artículo 208 de la Constitución política establece la comunicación o vocería del gobierno y estos son lo que presentan proyectos de ley a las cámaras e intervienen en el Congreso para defender la política del gobierno atendiendo las citaciones que aquellas les hacen o bien pueden hacerlo de manera espontánea tomando parte directamente o por medio de los viceministros. (C.P., art. 208).

10.3.4 Funciones

Las funciones de los ministros pueden ser:

- 1) Políticas, y
- 2) Administrativas.

Las funciones políticas tienen consagración constitucional y se relacionan con el Congreso, estas son:

- 1) Ser voceros del gobierno.
- 2) Presentar proyectos de ley a las Cámaras de Representantes.
- 3) Atender las citaciones y requerimientos que las Cámaras les hagan.
- 4) Tomar parte de los debates directamente, o por conducto de los viceministros.
- 5) Presentar al Congreso, dentro de los 15 primeros días de cada legislatura, un informe sobre el Estado de los negocios adscritos a su ministerio y sobre las reformas que considere convenientes (C.P., art. 208).

Por otra parte, las funciones administrativas corresponden a los ministros como jefes de la administración en su respectiva dependencia. Las hay generales y específicas, las primeras son las comunes a todos los ministros y las segundas, dependen del respectivo ramo donde se desempeñen y tienen diferentes fuentes de origen como la ley o el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa.

10.4 Departamentos administrativos

Los departamentos administrativos también son organismos de la Administración nacional central, jerárquicamente se encuentran a la altura de los ministerios, pero a diferencia de ellos, estos cumplen funciones más técnicas y especializadas. Al igual que los ministros, los directores de los departamentos administrativos son jefes de la administración en su respectiva dependencia (C.P., art. 208). Los departamentos administrativos también son creados, suprimidos o fusionados por el Congreso de la República (C.P., art. 150, num. 7°). El funcionamiento de los departamentos administrativos se rige por la ley y las normas de creación y organización, existiendo en cada uno, un director así como un subdirector.

Su origen data de la reforma constitucional de 1945. Surgen como un medio para regularizar la marcha de la administración y mejorar la distribución de asuntos entre las diferentes agencias estatales. Hoy día los departamentos administrativos siguen en jerarquía nacional en importancia a los ministerios. El enfoque dado a los Departamentos administrativos es de carácter técnico, y por lo tanto de los asuntos que se ocupan responden más a ésta definición que a la función política, siendo ésta última un tema referido sobre todo a los ministerios.

Los actos que emanan de dichos departamentos se llaman: resoluciones y son actos administrativos, por lo tanto son susceptibles de ser acusados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y es el director del Departamento administrativo quien representa a la Nación como persona jurídica en dichos procesos (C.C.A., art. 149).

Las funciones de los directores de departamentos administrativos son por lo general de carácter administrativo y técnico, a diferencia de los ministros donde sus funciones son

marcadamente políticas. En el aspecto político solo es de resaltar que los directores de departamentos administrativos pueden ser citados ante las comisiones constitucionales permanentes de las Cámaras legislativas, pero no pueden presentar proyectos de ley, ni ser voceros del gobierno ni tomar parte en los debates, esto, debido a que los directores de departamento administrativo tienen funciones de carácter en su mayoría técnico, más no de carácter político.

Dentro de las semejanzas con las funciones de los ministros, destacan por ejemplo, las funciones generales, porque son las mismas que las de los ministros y en las específicas al igual que en cada ministerio, se encuentra variación según cada departamento administrativo.

Las funciones de los Departamentos administrativos, son propias a las materias administrativas asignadas por la ley y con un requerimiento de carácter técnico, tales como:

- Planeación
- Estadística
- Seguridad
- Aeronáutica civil
- Transportes, entre otros.

El presidente de la República en calidad de suprema autoridad administrativa a parte de crear, puede suprimir o incluso fusionar tanto ministerios como departamentos administrativos por medio de la emisión de decretos ordinarios y no como antes que esto era materia de reformas administrativas o de reorganización de los ministerios y Departamentos administrativos que se cumplían en desarrollo de facultades extraordinarias⁸⁸.

10.4.1 Objetivos

Los Departamentos Administrativos tienen como objetivos primordiales la formación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen.

10.4.2 Funciones

Tiene origen tanto en la ley como en el presidente de la República cuando éste distribuye sus negocios. Se dividen en funciones generales y específicas, las generales son exactamente las mismas ya comentadas para los ministerios y las específicas, son las funciones que corresponden a cada departamento administrativo en particular, tienen origen

⁸⁸ VIDAL PERDOMO, 7 ed. Op. cit., p. 54

en la ley y en la delegación y distribución de negocios que realiza el Presidente de la República.

10.4.3 Enumeración

- 1) Departamento Administrativo de la presidencia de la República.
- 2) Departamento Administrativo Nacional de Planeación.
- 3) Departamento Administrativo de la Función Pública.
- 4) Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- 5) Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
- 6) Departamento Administrativo Nacional de Economía Solidaria.

10.5 Superintendencias sin personería jurídica

Las superintendencias son ciertas agencias gubernamentales intermedias entre una división de un ministerio y un establecimiento público; en la medida en que a veces realizan tareas que han cobrado especial importancia y eran confiadas a un ministerio. El paso de una división ministerial a una superintendencia ocurre al momento de otorgarle cierta autonomía tanto administrativa como financiera a dicha división, naciendo de este modo un nuevo organismo en el ordenamiento jurídico. El organismo así formado posee cierta independencia que le otorga la ley pero no alcanza a poseer la personería jurídica que es rasgo esencial de los establecimientos públicos.

Las superintendencias sin personería jurídica son organismos de carácter técnico creadas por la ley, con autonomía administrativa y financiera hasta donde la misma ley se lo señale. Las superintendencias son dependencias de un ministerio o un departamento administrativo y están a cargo de un superintendente. Las funciones a su cargo son básicamente de inspección y vigilancia y por ser organismos de la rama ejecutiva central, cumplen algunas de las funciones que corresponden al presidente de la República, así como las asignadas por la ley.

10.5.1 Funciones

Principalmente dentro de la administración pública cumplen funciones de inspección y vigilancia, funciones propias del presidente de la República (en calidad de suprema autoridad administrativa) y las que la ley les confiera.

Las superintendencias se definen como organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen funciones⁸⁹:

⁸⁹ *Ibíd.* p. 130

- Que corresponden al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y
- Las señaladas por las mismas leyes que las crearon.

10.5.2 Enumeración

En el país existen las siguientes superintendencias sin personería jurídica, son nombradas junto con el ministerio o departamento administrativo del cual forman parte:

- 1) Superintendencia Bancaria (ministerio de Hacienda y Crédito Público).
- 2) Superintendencia de Valores (min. de Hacienda y Crédito Público).
- 3) Superintendencia de Economía Solidaria (min. de Hacienda y Crédito Público).
- 4) Superintendencia de Subsidio Familiar (min. de Trabajo y Seguridad Social).
- 5) Superintendencia Nacional de Salud (min. de Salud).
- 6) Superintendencia de Industria y Comercio (min. de Desarrollo Económico).
- 7) Superintendencia de puertos y transportes (min. de Transporte).
- 8) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Dpto. Nacional de planeación).

10.6 Unidades administrativas especiales sin personería jurídica

Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica son organismos creados por la ley, que al igual a las superintendencias, también poseen cierta autonomía administrativa y financiera hasta donde la misma ley se lo permite. Básicamente cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o de un departamento administrativo.

Al respecto el maestro AYALA CALDAS⁹⁰ al citar a la Corte Suprema de Justicia sobre las unidades administrativas especiales sin personería jurídica ha dicho que *“son satélites creados para cumplir funciones especiales, que aunque gozan de libertad funcional y financiera, no están dotadas de independencia plena que les permita actuar autónomamente.*

”Son entes administrativos que forman parte de la administración (no son adscritas ni vinculados), en calidad de simples dependencias de los ministerios o departamentos administrativos, con las siguientes características:

- ”1) Son creadas por la ley o autorizadas por ella.*
- ”2) Desarrollan actividades propias de los ministerios o departamentos administrativos, generalmente programas ordinarios.*

⁹⁰ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op Cit., p. 129

”3) Esos programas deben estar sometidos a un régimen administrativo especial, en razón de la naturaleza y los recursos que utilizan.

”4) Son o constituyen parte de la administración, son la administración misma.

”5) El acto que las crea, debe determinar los entes administrativos ordinarios, de los cuales harán parte como simples dependencias, ya que no están ni adscritas ni vinculadas.”

10.6.1 Funciones

Las funciones que desarrollan son especializadas y se relacionan con el nombre que tienen.

10.6.2 Enumeración

En el país existen las siguientes unidades administrativas especiales sin personería jurídica, son nombradas junto con el ministerio o departamento administrativo del cual forman parte:

- 1) La Unidad Administrativa especial de Contaduría General de la Nación (min. de Hacienda y Crédito Público).
- 2) La Unidad Administrativa especial de Dirección Nacional de Estupefacientes (min. de Justicia y del Derecho).
- 3) La Unidad Administrativa especial de Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico (min. de Desarrollo económico).
- 4) La Unidad Administrativa especial Universidad Militar Nueva Granada (min. de Defensa Nacional).
- 5) La Unidad Administrativa especial Liquidadora de Asuntos del Instituto de Crédito Territorial (min. Desarrollo económico).
- 6) La Unidad Administrativa especial Comisión de Energía y Gas Combustible (min. Minas Energía).
- 7) La Unidad de Planeación Minero-Energética (min. Minas Energía).
- 8) La Unidad Administrativa especial Junta Central de Contadores (min. de Educación Nacional).
- 9) La Unidad Administrativa especial Sistema de Parques Nacionales Naturales (min. Medio Ambiente).
- 10) La Unidad Administrativa especial Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (min. de Comunicaciones).
- 11) La Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil (min. Transporte)
- 12) La Unidad Administrativa especial Museo Nacional (min. Cultura).
- 13) La Unidad Administrativa especial Biblioteca Nacional (min. Cultura).
- 14) La Unidad Administrativa especial Comisión Nacional de Regalías (Dpto. Admón. Nacional de Planeación).

10.7 Consejos superiores de la administración

Los consejos superiores de la administración son dependencias del ámbito asesor de los ministerios y los departamentos administrativos. Son presididos por el ministro respectivo y dentro de sus integrantes se pueden incluir personas de otros ministerios e incluso, se permiten particulares dentro de sus miembros.

Por nombrar algunos consejos superiores de la administración en Colombia se tienen:

- 1) El Consejo Nacional de Estupefacientes (min. de Justicia y del Derecho).
- 2) El Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria (min. de Justicia y del Derecho).
- 3) El Consejo Superior de Política Fiscal (min. de Hacienda y Crédito Público).
- 4) El Consejo Nacional Laboral (min. de Trabajo y Seguridad Social).
- 5) El Consejo Nacional de Riesgos profesionales (min. de Trabajo y Seguridad Social).
- 6) El Consejo Superior de Comercio Exterior (min. de Comercio Exterior).

Como es sabido, la administración pública en el orden nacional está integrada por un sector central y un sector descentralizado por servicios. Del sector central se analizó de manera detallada su estructura y composición, por razones de extensión de la obra no se hará lo mismo para el sector descentralizado por servicios, aunque a continuación se estudiará de manera general su composición.

11 Estructura del sector descentralizado por servicios

A nivel nacional el sector descentralizado por servicios de la administración pública esta integrado por:

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del Estado.
- 3) Las superintendencias con personería jurídica.
- 4) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 5) Las empresas sociales del Estado.
- 6) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 7) Los institutos científicos y tecnológicos.
- 8) Las sociedades públicas.
- 9) Las sociedades de economía mixta.
- 10) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público (Ley 489 de 1998, art. 38).

12 Organismos adscritos de la administración nacional

Los organismos adscritos a los ministerios o a los departamentos administrativos son:

- 1) Las superintendencias.
- 2) Los establecimientos públicos.
- 3) Las unidades administrativas especiales.

13 Organismos vinculados de la administración nacional

- 1) Las sociedades de economía mixta.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del Estado.

Para entender las principales diferencias jurídico-políticas que existen entre empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, se hace uso de una pequeña síntesis a manera de cuadro conceptual tomando como fuente la literatura del profesor VIDAL PERDOMO⁹¹:

EMPRESAS	SOCIEDADES
<ul style="list-style-type: none"> • El Estado es el único propietario del capital. • Son consideradas como creación de la legislación de derecho público y por lo tanto sujeta a sus prescripciones. • El sistema de tutela y controles es superior y tiene origen en la reforma administrativa de 1968. 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe concurrencia de capital privado y capital público. • Las relaciones entre la entidad pública y los accionistas privados se cobija por propios estatutos o existe un contrato de por medio que invoca al Derecho comercial. • Con base en la reforma administrativa de 1968 el Código de Comercio de 1971 le dedica todo un capítulo.

14 Organismos consultivos de la administración nacional

Los organismos consultivos u organismos coordinadores a los ministerios o departamentos administrativos son:

- 1) Los consejos superiores de la administración.

⁹¹ VIDAL PERDOMO. 10 ed. Op. cit., p. 65

- 2) Además funcionarán con carácter temporal o permanente y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. (Ley 489 de 1998, art.38).

15 Administración pública departamental

La integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden departamental se encuentra así:

- 1) La gobernación del departamento.
- 2) Los consejos superiores de la administración departamental.
- 3) Las secretarías.
- 4) Los departamentos administrativos.
- 5) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 6) Los establecimientos públicos.
- 7) Las empresas industriales y comerciales del departamento.
- 8) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
- 9) Las empresas sociales del departamento.
- 10) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 11) Los institutos científicos y tecnológicos del departamento.
- 12) Las sociedades públicas.
- 13) Las sociedades de economía mixta.
- 14) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

15.1 Organismos principales

- 1) La gobernación del departamento.
- 2) Las secretarías.
- 3) Los departamentos administrativos.

15.2 Sector central departamental

- 1) La gobernación del departamento.
- 2) Las secretarías.
- 3) Los departamentos administrativos.
- 4) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

15.3 Sector descentralizado por servicios

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del departamento.

- 3) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 4) Las empresas sociales del departamento.
- 5) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 6) Los institutos científicos y tecnológicos del departamento.
- 7) Las sociedades públicas.
- 8) Las sociedades de economía mixta.
- 9) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la Ordenanza para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

15.4 Organismos adscritos

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las unidades administrativas especiales.

15.5 Organismos vinculados

- 1) Las sociedades de economía mixta.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del departamento.

15.6 Organismos consultivos

- 1) Los consejos superiores de la administración departamental.
- 2) Además funcionarán con carácter temporal o permanente y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la Ordenanza determine.

16 Administración pública municipal

La integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden municipal reza así:

- 1) La alcaldía del municipio.
- 2) Los consejos superiores de la administración municipal.
- 3) Las secretarías.
- 4) Los departamentos administrativos.
- 5) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 6) Los establecimientos públicos.
- 7) Las empresas industriales y comerciales del municipio.
- 8) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.
- 9) Las empresas sociales del municipio.
- 10) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 11) Los institutos científicos y tecnológicos del municipio.
- 12) Las sociedades públicas.

- 13) Las sociedades de economía mixta.
- 14) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice el Acuerdo municipal para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

16.1 Organismos principales

- 1) La alcaldía del municipio.
- 2) Las secretarías.
- 3) Los departamentos administrativos.
- 4) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

16.2 Sector central

- 1) La alcaldía del municipio.
- 2) Las secretarías.
- 3) Los departamentos administrativos.
- 4) Las unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

16.3 Sector descentralizado por servicios

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del municipio.
- 3) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 4) Las empresas sociales del municipio.
- 5) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 6) Los institutos científicos y tecnológicos del municipio.
- 7) Las sociedades públicas.
- 8) Las sociedades de economía mixta.
- 9) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice el Acuerdo municipal para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

16.4 Organismos adscritos

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las unidades administrativas especiales.

16.5 Organismos vinculados

- 1) Las sociedades de economía mixta.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del municipio.

16.6 Organismos consultivos

- 1) Los consejos superiores de la administración departamental.
- 2) Además funcionarán con carácter temporal o permanente y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que el Acuerdo municipal determine.

3.3 Test capítulo I

A continuación se exponen por razones de seguridad solo dos de las preguntas que componen el test a evaluar del capítulo I, el resto hace parte de la base de datos que el programa requiere para generar de manera aleatoria diez de ellas al momento de evaluar el contenido del respectivo capítulo.

Para este caso, se seleccionó una pregunta de cada tema que compone el capítulo I. Así, se expone una pregunta referente al Estado en general y el restante ítem indaga sobre la estructura de la administración pública en Colombia:

EJEMPLO A:

Juan, quien es el representante legal de una determinada entidad estatal, delegó la atención y decisión de los asuntos a él confiados por el Estado a su compañero de trabajo Ricardo, quien se encuentra autorizado por la ley para recibir dicho encargo.

Dos días después, Ricardo comete una falta grave al firmar algunos documentos que le produjeron pérdidas económicas y consecuencias jurídicas a la entidad estatal por él representada en ese momento.

En este caso, se puede afirmar que en materia civil y penal, por dicho acto responde:

- A. Juan, por ser el delegante.
- B. Juan, por ser el delegatario.
- C. Ricardo, por ser el delegante.
- D. Ricardo, por ser el delegatario.
- E. Tanto Juan como Ricardo, por ser ellos los implicados.

La respuesta correcta es la (E). Para el caso de contratación estatal, la delegación no exime de responsabilidad a la persona que delega, en materia civil y penal responden tanto delegatario como delegante. Esto, en conformidad con el parágrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1.998, que conceptúa: "*En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de responsabilidad legal civil y penal al agente principal*". Disposición esta, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-727 de 2000.

EJEMPLO B:

Dentro de la estructura de la administración pública municipal se encuentra que el sector descentralizado por servicios está formado por:

- 1) Los establecimientos públicos.
- 2) Las empresas industriales y comerciales del municipio.
- 3) Las unidades administrativas especiales con personería jurídica.
- 4) Las empresas sociales del municipio.
- 5) Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- 6) Los institutos científicos y tecnológicos del municipio.
- 7) Las sociedades públicas.
- 8) Las sociedades de economía mixta.
- 9) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice _____ para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Con base en el contexto de la información suministrada, el acto administrativo que corresponde al espacio debe ser

- A. El Alcalde
- B. El Acuerdo
- C. La Ordenanza
- D. La Resolución
- E. El memorando

La respuesta correcta es la (B). Según la jerarquía adoptada por el Estado colombiano, la ordenanza es emitida por la Asamblea departamental y los acuerdos son emitidos por el Concejo municipal, que era lo que preguntaban. El alcalde, la resolución y el memorando son los otros tres distractores.

2.4 ACTOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

“El que no sabe de nada, no duda de nada.”

George Mead (1863-1933)

-Psicólogo estadounidense-.

Partiendo del hecho de que toda decisión administrativa produce efectos jurídicos sobre las personas, se hace necesario tener el grado al menos mínimo de conocimiento sobre aquellos actos que de una u otra manera amplían o limitan la esfera jurídica de los administrados, o dicho en términos generales: afectan bien sea situaciones jurídicas individuales o particulares, así como situaciones jurídicas de carácter general o colectivo. Ejemplo de los primeros actos se tienen: la adjudicación de una licitación pública, o la declaratoria de caducidad a un contratista, entre otras; ejemplo de los segundos actos cuentan: la emisión de una ordenanza de la asamblea departamental o de un acuerdo por parte del concejo municipal de una determinada entidad territorial, etc.

Con respecto a la administración pública, se podría decir que es por medio de los actos administrativos donde realiza su función administrativa. Estos actos en el mundo jurídico tienen una característica especial: no pueden nacer por efecto del azar o la casualidad. Al contrario, lo tienen que hacer cumpliendo una serie de requisitos que el ordenamiento positivo se encarga de fijar y hacer cumplir.

Así, cuando jurídicamente nacen dichos actos, lo hacen cumpliendo el principio rector de la actividad pública, como lo es, el principio de la *legalidad*. Es este principio, el que garantiza el nacimiento de los actos administrativos fundado no en subjetividades de los servidores públicos, sino en el acato y respeto a normas superiores como la Constitución y la ley. Luego, la presunción de legalidad ampara la subsistencia y eficacia de los actos de la administración, y la consecuencia es un acatamiento previo, no controvertido, del acto por el derecho, lo que se traduce en su inmediato cumplimiento, sin importar que modifiquen situaciones generales o particulares, los actos administrativos son obligatorios y se suponen legales, aunque no lo sean, pero este último hecho tiene que demostrarse.

Ahora bien, entre los extremos de aplicar adecuadamente las normas y no aplicarlas en lo absoluto o hacerlo de manera evidentemente contrario a ellas, surge toda una gama de situaciones intermedias que pueden pasar totalmente desapercibidas para todo aquel ciudadano que no posee el menor grado de conocimiento sobre la materia. Es por esto, que se hace necesario sin importar incluso la rama profesional que se ejerza, adquirir los conocimientos elementales de un concepto tan amplio e importante como es el acto administrativo.

A continuación se exponen los principales conceptos que se encuentran relacionados con el tema de los actos de la administración pública y por ende con la materia de la contratación estatal que es el eje central de la investigación.

2.4.1 Acto jurídico

Se denomina acto jurídico a toda manifestación de una o más voluntades que tengan por finalidad producir efectos de derecho. Ahora bien, como ya se dijo anteriormente, todo acto jurídico sin importar la rama del derecho que le dio origen, es susceptible de anulación⁹².

Para el Código Civil en su artículo 1502 la existencia, validez y eficacia del acto jurídico se condiciona a las siguientes exigencias legales:

- 1) Que la voluntad individual que lo crea, sea legalmente capaz, entendiéndose que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin la autorización de otra.
- 2) Que aquella consienta libremente en la declaración que hace, sin que exista vicio de su consentimiento.
- 3) Que se relacione con un objeto lícito.
- 4) Que provenga de una causa lícita.

Por último vale decir que el acto jurídico, según las voluntades de su formación puede ser unilateral, esto es, cuando basta una sola persona para crearlo; bilateral, cuando se requiere que dos personas acuerden sus voluntades como es el caso del contrato Estatal, y por último esta el acto plurilateral, que es cuando más de dos personas son las que le dan vida.

2.4.2 Acto administrativo

Para el derecho moderno, acto administrativo es toda manifestación de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, y que crea, modifica, extingue o produce determinados efectos jurídicos sobre la situación de las personas.

Para el tratadista GUSTAVO PENAGOS⁹³ el acto administrativo es *“la manifestación unilateral de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica.”*

Asimismo, el autor señala una a una las características de la anterior definición:

1. Manifestación unilateral: Se dice que el acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad porque las decisiones que adopta el Estado no necesitan del consentimiento de los administrados.
2. Cualquier rama del poder público: Esto, dado que las ramas del poder público se colaboran armónicamente conforme lo establece la Carta Fundamental. El derecho

⁹² LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. Anulación de los Actos de la Administración Pública. Bogotá: Doctrina y Ley, 1996. P. 66.

⁹³ PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Tomo I. 5 ed. Bogotá: Librería del profesional, 1992. p. 86-87.

administrativo moderno, no acepta la concepción antigua de que solo la rama ejecutiva era la que emitía actos administrativos. El Estado ha avanzado y hoy día, la redistribución de funciones entre todos sus órganos son el motor administrativo.

3. Los particulares: La nueva organización administrativa permite ver como los particulares pueden también manifestar la voluntad del Estado, ya que este, como toda empresa, no puede suplir el solo la función administrativa y se apoya en entidades no estatales como la cámaras de comercio entre otras, para así juntos actuar en pro de la comunidad.
4. Objeto del acto administrativo: La finalidad del acto administrativo como se expresa es crear, modificar o extinguir una situación jurídica, que puede ser general o particular.
5. Efectos del acto administrativo: Como es una manifestación de voluntad, se entiende que es una decisión, en este caso tomada de manera unilateral y por la administración. Para que esta decisión produzca efectos, requiere que sea publicada, en los casos de actos de carácter general; y comunicada o notificada a las personas a las cuales va dirigida, en los casos de carácter particular.

La doctrina⁹⁴ infiere que existe una gran variedad de actos administrativos, pero dado el alcance pretendido solo se mencionarán los relacionados de manera directa con la contratación estatal, ya que un estudio más completo del tema correspondería a un análisis monográfico sobre la materia. Así, a manera de resumen se puede expresar lo siguiente:

Por ejemplo, hay actos que se emiten de manera general y afectan a la misma administración o a los particulares, otras veces, produce efectos jurídicos subjetivos, afectando solo a una determinada persona o a un grupo específico de personas. Como ejemplos de los generales se tienen los decretos reglamentarios, las resoluciones generales, las ordenanzas de las asambleas o los acuerdos de los concejos, y entre los particulares cabe citar, por decir, el acta de adjudicación de un determinado contrato estatal en particular, debido a que este se le otorga a quien o quienes se lo ganaron: el ciudadano "X", o el consorcio o la unión temporal "X", pero no se le puede adjudicar a nadie mas.

En su formación unos son simples y otros mas complejos, algunos dan lugar a recursos administrativos, tales como el de reposición o apelación, mientras que otros actos no dan lugar a ello, debido a su naturaleza, su autor o porque no están ligados a una discusión jurídica.

Igualmente hay actos que son definitivos, ya que finiquitan o deciden de manera directa el fondo de un asunto, por ejemplo: la declaración de desierto de una licitación pública al no presentarse ningún proponente a la misma, porque esto es necesario para continuar con el proceso estatal como lo dicta la ley 80 de 1993; a su vez existen otros actos que son preparatorios o de puro trámite para una actuación posterior.

⁹⁴ VIDAL PERDOMO, 10 ed. Op. cit., 132-136

Algunos actos son producto del *imperium* del Estado cuando hace uso de sus cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, como por ejemplo, se cita la declaratoria de caducidad por incumplimiento del contratista; otros actos, son de pura gestión, tales como el acta de liquidación de un contrato de obra pública, que es necesario para terminar la etapa contractual del proceso.

El acto administrativo es normalmente escrito, sobre todo, porque es más garantía para el ciudadano, ya que puede servir como medio de prueba en el caso de originarse una disputa con el Estado. Pero también hay actos verbales, como es el caso cuando un superior da una orden a un subalterno, incluso, se pueden usar medios no convencionales, como es el caso del símbolo en lo referente a las señales de tránsito en las carreteras.

En fin, la lista sería casi interminable si no se acota, esto muestra la gran maquinaria del accionar administrativo y la multiplicidad de situaciones en que se puede cumplir la finalidad de la función administrativa estatal: el acto administrativo.

2.4.2.1 Clasificación

Teniendo en cuenta al individuo al que el legislador se dirige cuando previó la norma, se pueden distinguir:

2.4.2.1.1 Acto-regla: Ocurre cuando una disposición de contenido general y no particular, crea una nueva regla de derecho que modifica o elimina una regla jurídica anterior. Es una clase de derecho objetivo, ya que produce efecto en las normas y no en un destinatario específico.

2.4.2.1.2 Acto-condición: Crea para un individuo nombrado una condición dentro de un régimen jurídico general un objetivo que lo subordina y limita, creándole obligaciones que antes no tenía, particularmente, con el campo de inhabilidades o de incompatibilidades.

2.4.2.1.3 Acto-subjetivo: Decisión de la administración proferida respecto de determinada persona y no de otra. Como ejemplo de este caso se tiene: el acta de adjudicación de un contrato con la administración, esto es un acto-subjetivo, ya que se tienen en cuenta consideraciones de tipo *intuitu personae*.

2.4.2.2 Presunción de legalidad

La presunción de legalidad del acto administrativo “*consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores.*”⁹⁵

⁹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 212

Estas normas jurídicas superiores a que hace referencia la doctrina son la Constitución Política y las normas que a ella se someten. De otra parte, es de resaltar que la presunción de legalidad es de carácter *juris tantum*, esto, porque admite prueba en contrario, y existen medios legales para desvirtuar la presunción de legalidad como se verá mas adelante.

La teoría de la presunción de legalidad ha suscitado polémica en el mundo jurídico y ha llegado a ser duramente criticada por sectores de la doctrina, quienes aseguran que esta presunción no permite precaver arbitrariedades, o ligerezas en las decisiones y toda otra serie de excesos o vicios; ahora bien, hay quienes opinan de manera diferente. Al respecto el maestro LAMPREA RODRIGUEZ⁹⁶ aclara lo siguiente: “La presunción de legalidad en Colombia se ampara con el argumento de que existen garantías suficientes en el orden jurídico, tales como:

- Exigencia del debido proceso (C.P, art. 29)
- Ejercicio del derecho de petición (C.C.A, art. 5)
- Obligación de citar y oír al tercero (C.C.A, art. 14)
- Necesidad de motivar la decisión administrativa (C.C.A, art. 36)
- Interposición de recursos administrativos (C.C.A, art. 50)
- Legalización de la conducta administrativa con la posibilidad del administrado de pedir pruebas y de intervenir en su práctica (C.C.A, art. 56).”

2.4.2.3 Legalidad

Según la doctrina⁹⁷, el servidor público al expedir el acto administrativo debe satisfacer cuatro exigencias de ley, a saber:

- 1) Competencia administrativa
- 2) Expresión de la voluntad pública
- 3) Debida motivación del acto
- 4) Búsqueda de la finalidad requerida por la ley.

Se llama acto viciado, al que carece de al menos un elemento de los antes mencionados, ya que se considera vicio relevante y da lugar a la anulación del acto. La incompetencia se presenta por ejemplo, cuando el agente público emite un acto administrativo que no estaba contemplado dentro de sus funciones, o en otras palabras, es cuando una autoridad pública toma una decisión sin estar facultada legalmente para hacerlo.

⁹⁶ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 65

⁹⁷ Ibíd. p. 68

La motivación es un elemento esencial del acto administrativo, ésta consiste en las circunstancias exteriores al autor de la decisión y que son independientes de la voluntad, ya que son hechos y como tal el servidor público debe aceptarlos o rechazarlos, pero no interpretarlos.

La finalidad es lo que se busca con la actividad administrativa, y al administrador le esta terminante prohibido en perseguir interés distinto al interés público, aún así no es libre de alcanzar cualquier interés por muy público que sea, sino solo aquel que considere su función específica, definido por su competencia y ajustado a las normas jurídicas.

“El acto conforme al derecho se presupone legal, luego goza de ejecutividad en firme, produce todos sus efectos y la administración lo puede ejecutar inmediatamente, aún por la fuerza. Esto es consecuencia de la presunción de legalidad. En pocas palabras cuando el acto reúne las exigencias mínimas de legalidad, debe ser tenido como legal (C.P, art. 4, num. 2º), tanto por los agentes del Estado como por los particulares. Será tenido como legal aunque en realidad no lo sea.”⁹⁸

La ley colombiana prevé la anulación de los actos administrativos por ilegalidad y la legalidad del acto administrativo se examina conforme al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su expedición. En los casos donde exista inconformidad entre la nueva norma y los derechos adquiridos por una persona con ocasión de un acto administrativo de la norma anterior, debe pasar a analizar el caso y si es preciso que el interés público de la nueva ley es razón suficiente para hacer ceder al privado, en este caso, el particular deberá ser indemnizado por la administración⁹⁹.

2.4.2.4 Control de legalidad

El control de legalidad del acto administrativo se realiza cuando se busca que el acto lo expida o emita quien está facultado por la ley para hacerlo y que una vez lo haya expedido quien tiene ese derecho, lo haya hecho conforme a los requisitos legales establecidos en las normas, ya que el acto administrativo por naturaleza exige ciertos elementos esenciales.

Además, el hecho de que lo haya expedido el órgano competente y mediante los requisitos exigidos no bastan, el acto al momento de expedirse tiene que contener la medida jurídica exacta prevista en las normas, sin llegar a omitirse o excederse en el contenido previsto por la ley; todo esto, enfocado a conseguir los fines que fueron previstos al otorgar la competencia y no otros extraños a la norma que los gobierna.

El control de legalidad se realiza mediante el cotejo de las decisiones administrativas y la norma jurídica a la que legalmente el acto debe estar subordinado; el resultado de este

⁹⁸ Ibíd. p. 69

⁹⁹ Ibíd. p. 70

análisis será pues, que el acto se encuentra conforme al derecho, o por el contrario, que el acto contradice la norma superior. Aquí, dentro de las causales de ilegalidad se pueden presentar las situaciones siguientes¹⁰⁰:

- Inconformidad total o parcial con la norma superior.
- Incompetencia del órgano y/o servidor público.
- Vicios de la voluntad del emisor del acto.
- Vicios de forma o procedimiento en la formación.
- Desvío de poder.
- Ilegalidad en relación con el objeto.
- Falsa motivación.
- Falta de motivación.
- Violación del derecho de defensa.
- Quebranto del debido proceso.

2.4.2.5 Estabilidad

Los actos administrativos gozan de estabilidad jurídica siempre y cuando no contradigan las reglas contenidas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, a saber¹⁰¹:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ello se cause agravio injustificado a una persona.

Señala el autor citado que hay que diferenciar entre aquellos actos administrativos de carácter general y que pueden por lo tanto en cualquier tiempo ser revocados por los funcionarios que los expidieron o por su inmediato superior jerárquico, excepto cuando contra el acto se hayan ejercitado los recursos de la vía gubernativa: reposición, apelación y queja; otra cosa son los actos administrativos que han generado un derecho a un particular, estos no pueden ser revocados sin el consentimiento escrito y expreso del titular de dicho derecho.

Esta es la esencia de la estabilidad jurídica de los actos administrativos, el impedimento que tiene la administración de revocar esos actos que han originado derechos subjetivos. Se cita como ejemplo, el caso de una adjudicación de un contrato estatal a una determinada persona natural, empresa, consorcio o unión temporal, este acto crea derechos subjetivos para esa persona, empresa o asociación. Esta decisión no es revocable siempre y cuando no existan irregularidades manifiestas en la adjudicación.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 92-93

¹⁰¹ PENAGOS, *Op. cit.*, p. 335

Ahora bien, la revocación es por el mismo funcionario que emitió el acto, o por su inmediato superior jerárquico. No hay que confundir el hecho que un acto sea irrevocable por la propia administración, como se expuso atrás, con el hecho de que la decisión pueda ser anulada por la jurisdicción en lo contencioso-administrativo al ser demandada, es más, el acto puede ser demandado por la misma administración en el caso que el particular poseedor del derecho subjetivo muestre su consentimiento de manera expresa y escrita.

2.4.2.6 Nulidad

La nulidad es un concepto típico y exclusivo del acto jurídico y se presenta cuando el acto se produce sin cumplirse las exigencias legales de su creación. Una vez determinado el vicio que la ley señala, la nulidad debe ser declarada judicialmente.

Se le atribuye a la jurisprudencia contencioso-administrativa determinar los vicios de nulidad de los actos administrativos y procurar “castigar” aquellos actos que desconocen el principio de legalidad.

Existe en Colombia, a manera de auxilio, la pérdida de fuerza ejecutoria, que es diferente a la propia anulación del acto o suspensión de éste. Se pierde fuerza ejecutoria en los siguientes casos (C.C.A, art. 66):

- Por suspensión provisional;
- Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho;
- Cuando al cabo de 5 años de estar en firme, la administración no haya ejecutado los actos que le corresponden para ejecutarlos;
- Cuando se cumpla la condición resolutive que se encuentre sometido el acto; y
- Cuando pierda su vigencia.

Todo acto de la administración es anulable, ya que todo acto es susceptible de contener un vicio. Pero no todo vicio conduce a la misma clase de nulidad, como se estudiará a continuación:

2.4.2.6.1 Absoluta

Se presenta cuando existe una irregularidad de mayor grado, por lo tanto esta irregularidad es imposible sanarla. El juez en lo contencioso administrativo puede declarar de oficio las nulidades absolutas ya que el acto se ve afectado en su totalidad. Las siguientes son causales de nulidad absoluta:

- Causa ilícita, en el acto o contrato.
- Objeto ilícito, en el acto o contrato.

- Ausencia de solemnidad, esto es, haberse celebrado sin una solemnidad que la ley exige para su validez.
- Incapacidad absoluta, ocurre cuando celebra el acto o contrato una persona incapaz judicialmente.

2.4.2.6.2 RELATIVA

Contrario a la nulidad absoluta, es el estado de un acto afectado de una irregularidad menor ya que el vicio no conduce a una consecuencia decisiva sobre la validez o la existencia del acto. A diferencia de la nulidad absoluta, el acto si puede ser saneado, pero en este caso el juez no puede obrar de oficio, sino a petición de parte, debido a que según el Código Civil en el artículo 1743, el Ministerio público está impedido para pedirla “en el solo interés de la ley”¹⁰².

2.4.3 Acto administrativo inexistente¹⁰³

En algunas ocasiones dentro del ejercicio administrativo se puede producir lo que se llama *acto inexistente*, que consiste en la manifestación de la voluntad que desconoce las exigencias legales tales como la competencia, por lo tanto, se produce una grave violación de la legalidad. Un acto de la administración nacido bajo las anteriores circunstancias no puede calificarse como administrativo, aunque lo aparente.

Mas adelante agrega el autor que el concepto de la nulidad doctrinariamente se ha definido como “*estado de un acto que se considera como no sucedido y el vicio que impide a ese acto producir sus efectos*”. El acto inexistente es por lo tanto nulo y carece de fuerza ejecutoria.

Según el tratadista, el acto inexistente no goza de la presunción de legalidad y por esta circunstancia, el particular no está obligado a cumplirlo. Sin llegar a confundir el acto inexistente con “el acto anulable o viciado de nulidad absoluta, ya que éste último si goza de la presunción de legalidad y se impone al administrado siempre y cuando no sea declarado nulo, o suspendido provisionalmente por el juez contencioso-administrativo.”

Asimismo, el tratadista dispone que aunque el derecho nacional no está claro en este punto haciendo uso de la doctrina extranjera se exponen las siguientes conclusiones:

1. “*No obstante que todo acto está llamado a producir ciertos efectos jurídicos, el acto inexistente no los produce porque*
 - a) “*los administrados no están obligados a cumplirlos;*

¹⁰² LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 120

¹⁰³ *Ibíd.* p. 87-89

- b) *"el agente administrativo no debe ejecutarlo, ya que si lo hace, incurre en responsabilidad por vía de hecho.*
2. *"El acto inexistente no se beneficia de la presunción de legalidad, pues no constituye decisión ejecutoria.*
 3. *"La prueba de su aptitud compete a la administración o al juez contencioso-administrativo.*
 4. *"corresponde al juez declarar de oficio la ineficiencia jurídica del acto administrativo inexistente; se trata, en este caso, de la prueba de la inexistencia de algo que tiene la apariencia de administrativo.*
 5. *"La oportunidad para declarar la inexistencia no prescribe jamás y, en consecuencia podrá hacerse, en cualquier tiempo.*
 6. *"El vicio que adolece el acto inexistente no puede ser saneado jamás."*

2.4.4 Hechos administrativos

Los hechos administrativos son acontecimientos u omisiones en el espacio-tiempo que producen consecuencias jurídicas así como responsabilidad del Estado. A diferencia de los actos administrativos donde la voluntad de la administración es directa, en los hechos la voluntad administrativa es indirecta o nula, por ejemplo, cuando procede con negligencia, descuido, desconocimiento, en fin, sin inteligencia.

El profesor PENAGOS¹⁰⁴ proporciona un particular ejemplo, para ilustrar a que clase de hechos se hacen referencia en el presente trabajo:

"Existe una categoría de hechos de carácter material, pero, sin consecuencias jurídicas, diferentes de los hechos administrativos de los cuales sí responde la administración. Ejemplo de los primeros la caída de un árbol en la selva."

A continuación se expone el criterio diferenciador entre el acto administrativo y el hecho administrativo adoptado por la legislación colombiana según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰⁵:

"El criterio diferenciador no puede ser otro que el universalmente aceptado por la ciencia del derecho para diferenciar el acto jurídico del hecho jurídico: la voluntariedad del agente.(...) En los primeros [actos administrativos] siempre interviene, como causa generadora la voluntad administrativa del Estado; en los segundos, el querer de la administración no actúa directamente. Es cierto que la actividad estatal es la ocasión para que se produzca el hecho, pero también es evidente que este ocurre a pesar de que no se

¹⁰⁴ PENAGOS, Op. cit., p. 110

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Anales, año XXXVI. Tomo LXIII, números 392-396. 1961. En: PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Tomo I. 5 ed. Bogotá: Librería del profesional, 1992. p. 112-113.

desea. Con motivo del ejercicio de la función administrativa, de la construcción de obras públicas, de las actividades de defensa nacional, de la prestación de un servicio... pueden ocurrir hechos contrarios a la voluntad de la administración, como el derrumbe de una obra, el estallido de un polvorín o un accidente ferroviario. Esos hechos pueden ser ocasionados por razón de un riesgo creado por la administración o por faltas en la organización o en la prestación del servicio, pero no tiene su origen directo en la voluntad administrativa del Estado. Esa nota característica impide que se les identifique con aquellos otros actos materiales que forman parte de la operación y que fueron realizados voluntariamente por la administración.”

Con base en la teoría anterior, se puede concluir a manera de cuadro sinóptico los principales elementos diferenciadores de las figuras jurídicas actos y hechos administrativos:

ACTO ADMINISTRATIVO	HECHO ADMINISTRATIVO
1. Es producto de la voluntad administrativa, por lo tanto, produce efectos de derecho de manera directa.	1. No interviene de manera directa la voluntad de la administración, aunque si lo hace en forma indirecta y no deseada.
2. Es resultado de la actuación dentro de la esfera de la competencia administrativa del Estado.	2. Pueden ser el resultado de falta de prudencia, cuidado o pericia. O peor aún, se hace con voluntad del agente, lo que constituye un hecho delictuoso.
3. La manera de sanear un acto es por medio de la nulidad, ante la jurisdicción en lo contencioso-administrativo, o por medio de la revocación directa.	3. Un hecho se sanciona con responsabilidad administrativa, ya que no es posible anular un hecho que ocurrió en un determinado tiempo y lugar.
4. Nacen amparados por el principio de legalidad, por lo tanto, se suponen legales aunque no lo sean, y es obligatorio cumplirlos, hasta que no se demuestre la ilegalidad en los tribunales contencioso-administrativos.	4. La administración tiene que responder por todos sus actos incluso, cuando la decisión no es de manera directa y se debe a un hecho administrativo. Pero estos hechos, para que tengan certeza jurídica deben de ser probados en la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.4.5 Vías de hecho

La doctrina¹⁰⁶ sostiene que el derecho administrativo colombiano se apoya en dos bases muy relacionadas, como son:

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 127-129

1. La doctrina constitucional y los medios jurídicos, y
2. El principio de legalidad.

Así, y como lo infiere el autor, hablar de vías de hecho, es hablar de un atropello o violación de forma vulgar y descarada a los anteriores puntos de apoyo del derecho. En términos generales, existen dos modalidades para cometer las vías de hecho:

1. *“La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder, si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado;*
2. *”La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder, si usa un derecho que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros”.*

Son ejemplos de estas dos modalidades:

1. *“Por falta de derecho:*

- *”La administración no tiene poder alguno para apoderarse de una cosa perteneciente a un particular.*
- *”En parte las invitaciones públicas a licitar para contratar con el Estado, se debe a que éste no puede imponer a los ciudadanos que pasen a suplir las deficiencias administrativas, es por ello que depende de la voluntad de las personas presentarse o no a colaborar con el Estado en el cumplimiento de los fines públicos.”*

2. *”Por falta de procedimiento:*

- *”El caso en que la administración decide demoler un edificio porque éste amenaza ruina y por lo tanto riesgo para la comunidad, pero esta demolición se ejecuta en ausencia completa de procedimiento legal.”*

PENAGOS¹⁰⁷ aclara que las vías de hecho no deben de ser confundidas en ningún caso con las faltas del servicio de la administración ni con la desviación de poder. Esto, porque las faltas del servicio son producto de una irregularidad o una omisión en el procedimiento y para que sea vía de hecho, es necesario una ausencia completa de procedimiento.

Asimismo, cuando se tacha un acto de exceso de poder, no por esto deja de existir la operación administrativa pretendida, o sea, la administración pública pasa a la acción pero con una decisión que le sirve de fundamento jurídico. Ahora bien, esto no lo exime de ser

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 130

un acto administrativo viciado por desviaciones de poder, pero no se puede hablar de la vía de hecho. Sobre este tema el tratadista GEORGE VEDEL¹⁰⁸ conceptúa:

“El concepto de las vías de hecho. Concepto este, uno de los más sutiles del derecho francés, es accesible a partir de las consideraciones siguientes:

“Un acto administrativo o una operación administrativa, no pierde su carácter administrativo aunque sean irregulares; en consecuencia, si un particular quiere obtener la anulación de un acto irregular u obtener una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de dicho acto, debe dirigirse al juez administrativo. Sin embargo, en ciertos casos la irregularidad es tan grave, o tan evidente que el acto no es atribuible, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los órganos estatales. Se dice entonces que hay vías de hecho, expresión concebida para designar el acto objeto de análisis en un puro hecho que no puede ni siquiera de modo erróneo pretender juricidad. A partir de ahí, ya no es posible aplicar el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales ya que el acto ha perdido incluso su carácter de acto administrativo. Ya no hay <<actividad pública>>.”

2.4.6 Silencio administrativo

El silencio administrativo se encuentra consagrado en los artículos 40 y 41 del Código Contencioso Administrativo. El silencio de la administración es en “sentido estricto una presunción o ficción legal de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones.”¹⁰⁹ Para el tratadista LAMPREA RODRIGUEZ¹¹⁰ el fundamento del silencio administrativo se halla en la propia Constitución Política, debido a que esta señala que “*los servidores públicos son responsables por acción y por omisión.*” (C.P, art. 6).

Así, siguiendo a la doctrina el silencio administrativo se produce cuando la administración no se pronuncia ni de manera positiva ni de manera negativa ante las peticiones de los administrados u otras administraciones. Existen dos clases de silencio administrativo: el positivo y el negativo. Según la doctrina¹¹¹ estas dos modalidades presentan la particularidad que su valor jurídico no es otorgado por la administración, sino por la ley que sanciona la inactividad de la administración.

Según el autor, ambas clases de silencio están siempre a favor del administrado: si es positivo, favorece de manera directa al administrado. Si por el contrario, es negativo, el

¹⁰⁸ PENAGOS, Op. cit., p. 133-134

¹⁰⁹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 365

¹¹⁰ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 99

¹¹¹ PENAGOS, Op. cit., p. 177

administrado tiene el derecho a interponer los recursos que contempla la ley (C.C.A., art. 50) a saber: recurso de reposición, de apelación y de queja.

Cabe destacar que la demora o retardo de la administración en atender los asuntos que “debe” atender, se convierte en silencio solo cuando se superan los límites temporales señalados para expresarse y es a partir de ese momento cuando “*se concluye que el silencio es una infracción a la ley, y el funcionario debe responder penal y disciplinariamente, por la abstención de resolver en los términos establecidos por la ley.*”¹¹²

2.4.6.1 Silencio positivo

Consagrado en el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo. Es de resaltar que solo la ley es la que puede otorgarle efectos jurídicos, debido a la ausencia de voluntad y a la abstención de la administración de resolver un recurso o una petición.

La jurisprudencia¹¹³ consideró conveniente hacer un análisis del fenómeno del silencio administrativo y precisó cuando este produce efectos de derecho. Para que esto ocurra deben darse dos circunstancias:

- a) Que la administración deba, de acuerdo con la ley, hacer o decidir algo en un término preciso. En consecuencia para que se produzca el silencio de la administración con efecto positivo, ha de partirse del supuesto legal de que el interesado formuló su petición en forma tal que imponía a la administración el deber legal de pronunciarse.
- b) Que el término trascorra sin que la administración actué. Si las condiciones eran tal que la administración no decide, no porque no quiera, sino porque esta imposibilitada para hacerlo, no puede exigírsele que decida o falle.

2.4.6.2 Silencio negativo

Consagrado en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo. Para que se produzca el silencio administrativo negativo se requiere¹¹⁴:

- a) Verificar que han transcurrido tres (3) meses para que se entienda negada la petición;
- b) copia de la petición presentada ante la administración;
- c) interponer los recursos por la vía gubernativa para poder acudir ante la jurisdicción;

¹¹² *Ibíd.* p. 177

¹¹³ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Cuarta. Expediente No. 4997. Sentencia diciembre 13, 1993. Consejero ponente: CONSUELO SARIIA OLCOS. En: LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública. Bogotá: Doctrina y Ley, 1996. p. 98-99.

¹¹⁴ PENAGOS, Op. cit., p. 177

- d) probar con la copia que se hizo una petición y se interpusieron los recursos para agotar la vía gubernativa, y que transcurrieron dos (2) meses sin resolverlos, conforme lo establece el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo.

2.4.7 Vía gubernativa

La vía gubernativa es el procedimiento que se sigue ante la administración con el fin de controvertir sus propias decisiones. Es decir, que cuando una persona no está de acuerdo con un acto de la administración, la ley ha requerido que el interesado tenga oportunidad de manifestar a la Administración las razones de su desacuerdo, y que la Administración tenga, a su vez, la oportunidad de enmendar ella misma sus propios errores. Este mecanismo es, por consiguiente, un control de legalidad ejercido ante la Administración para que ella misma sé controle.”¹¹⁵ Según el Código Contencioso Administrativo, la vía gubernativa consta de tres recursos, a saber:

2.4.7.1 Recurso de reposición

La interposición de este recurso es opcional y se adelanta ante el mismo funcionario o entidad administrativa que emitió el acto, con el fin de que se aclare, modifique o revoque. Por medio de este recurso se da la oportunidad a la administración de revisar nuevamente sus actos considerando las objeciones realizadas por la persona afectada.

2.4.7.2 Recurso de apelación

Este recurso se interpone ante el inmediato superior jerárquico del funcionario que dictó el acto administrativo que afectó al particular. El fin del recurso es aclarar, modificar o revocar el acto administrativo. A diferencia del recurso de apelación que era opcional, este recurso si es obligatorio “porque por ese medio se agota la vía gubernativa y se podría acudir a la vía jurisdiccional y puede interponerse directamente o en subsidio, del recurso de reposición.”¹¹⁶

2.4.7.3 Recurso de queja

Procede cuando se rechaza el de apelación, o sea, cuando el agente que emitió el acto administrativo lo niega. Se puede interponer directamente ante el superior jerárquico del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la negación del recurso de apelación. El recurso de queja no es obligatorio.

Hasta aquí, se ha estudiado la estructura básica del acto administrativo llegando a la conclusión que es un complejo, integrado por la subjetividad del funcionario y la

¹¹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 220

¹¹⁶ *Ibíd.* p. 361

objetividad de las normas que hay que acatar, teniendo en cuenta este orden de ideas, a continuación se estudia una de los temas mas importante en lo referente al acto administrativo como son: las causales de su anulación.

2.4.8 Causales de anulación de los actos administrativos

Para el tratadista LAMPREA RODRIGUEZ¹¹⁷ es la ley misma, la que llama *causales de anulación* del acto de la administración a las siguientes situaciones:

- a) *“Violación de norma superior: por quebrantar el acto acusado la norma en que debía fundarse;*
- b) *”Expedición por funcionario incompetente: por faltar, en el funcionario autor del acto, la debida competencia para la decisión que toma;*
- c) *”Expedición irregular del acto: por el hecho de carecer el acto, respecto de sus aspectos exteriores, de las formalidades y exigencias que la ley señala en relación con la forma de la voluntad administrativa;*
- d) *”Violación del debido proceso: debida al hecho de haberse producido la decisión administrativa sin concederle al afectado el derecho a audiencia y defensa;*
- e) *”Falsa motivación: por alegar, en la parte motiva del acto, razones que no corresponden a las circunstancias de hecho o derecho que justifican la decisión;*
- f) *”Desvío de poder: por corresponder el acto a una finalidad que no es la pretendida por la ley.”*

Aparte de la anterior enunciación, los demás vicios son para la ley, considerados como menores, y por lo tanto no constituyen violación de las garantías de los administrados, ni implican desconocimiento de legalidad, por tal motivo, no se exige demanda ante lo contencioso-administrativo.

A continuación se abordara en una forma más amplia los principales aspectos de cada caso antes citado:

2.4.8.1 Violación de norma superior

Según el Código Contencioso Administrativo en su artículo 84, inciso 2°, es definida como infracción de norma en la que el acto debía fundarse. Para lo contencioso administrativo en el fondo todos las causales de anulación constituyen infracción de norma superior, por lo tanto es considerada como causal genérica de anulación y se aplica si no existe otra más específica como el desvío de poder o la falsa motivación, etc.

El fundamento jurídico de la causal de infracción está en el “principio de legalidad”, como exigencia natural de todo Estado Social de derecho, es por el respeto a la legalidad que toda

¹¹⁷ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 122

entidad estatal debe ajustar su conducta a los criterios de organización del Estado y a la jerarquía que la Constitución determina entre las distintas normas¹¹⁸.

El agente del Estado que contradice la norma obligatoria, bien a sabiendas, bien involuntariamente quebranta el principio de legalidad, la ley señala distintos procedimientos que varían según las circunstancias, la oportunidad en que se aplican o el funcionario ante el cual se ejercen.

La violación de una norma superior puede ocurrir de cualquiera de las tres siguientes formas¹¹⁹:

2.4.8.1.1 Falta de aplicación: Se llama omisión y es cuando no se tuvo en cuenta al expedir el acto.

2.4.8.1.2 Aplicación indebida: Se llama comisión, es cuando cierta disposición legal se aplica a casos que no rige, o cuando se le hace producir efectos jurídicos distintos a los que señala la propia norma.

2.4.8.1.3 Interpretación errónea: Se presenta cuando a la norma se le atribuye un sentido que no tiene, esto es, se presenta desconocimiento por parte del funcionario al aplicar reglas de interpretación legal.

Es la competencia que tiene cada funcionario la que le otorga la capacidad jurídica para emitir actos administrativos. Pero hay que saber que no todos los funcionarios tienen la misma capacidad, porque la decisión debe fundarse en una fuente jerárquica, de existir violación de una norma superior el acto administrativo es susceptible de anularse. Al respecto el profesor GUSTAVO PENAGOS¹²⁰ concluye:

“Se ha aceptado en el derecho público colombiano, el orden jerárquico de las normas expuestas por el jurista KELSEN.

”La Constitución Nacional, en diversos artículos se refiere al orden jerárquico, al establecer en primer lugar la Constitución, en segundo orden las leyes, los actos administrativos nacionales, departamentales y municipales. Luego, para la expedición de actos administrativos se debe observar el siguiente orden:

1. *”La Constitución (artículos 123, inc. 2º; 305 numeral 1º y 315 numeral 1º).*

¹¹⁸ Ibíd. p. 147

¹¹⁹ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 150

¹²⁰ PENAGOS, Op. cit., p. 32-36

2. *”Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción “prevalecen en el orden interno” (C.P. art. 93).*
3. *”La ley, en la cual se debe observar el orden de aplicación preferencial, de acuerdo con la nueva Constitución Colombiana. Cabe observar que los Decretos-leyes que dicta el presidente son leyes en el sentido material y regulan la expedición de actos administrativos.”*

De lo anterior se desprende la estructura de la jerarquía departamental y municipal, a saber:

- Orden jerárquico a nivel departamental:

En la Constitución Política de Colombia se lee, en su artículo 305 que son atribuciones del gobernador cumplir y hacer cumplir:

1. La Constitución;
2. Las leyes;
3. Los decretos del gobierno; y
4. Las ordenanzas de las asambleas departamentales.

Orden jerárquico a nivel municipal:

La carta Política en el artículo 315 conceptúa que son funciones del alcalde cumplir y hacer cumplir:

1. La Constitución;
2. Las leyes;
3. Los decretos del gobierno;
4. Las ordenanzas de las asambleas departamentales; y
5. Los acuerdos de los concejos municipales.

Jurídicamente hablando, las anteriores son fuentes formales en la producción de los actos administrativos, luego su estudio y acato es de suma importancia para entender la jerarquía de los actos administrativos y así la posterior competencia del funcionario que los emite, todo esto, con miras a ejercer sobre ellos un mayor control de legalidad.

2.4.8.2 Expedición por funcionario incompetente

Esta clase de violación al orden jurídico consiste en examinar al órgano investido de poder público del que proviene el acto. Además, no solo es importante el órgano del que fue emitido dicho acto, también ha de tenerse en cuenta para el análisis la consideración del autor del acto, ya que éste individuo debe actuar únicamente en ejercicio de la competencia

legal, esto es, sus actuaciones no pueden atender más que a consecuencias directas de las funciones atribuidas por la ley.

Cuando el acto proviene de un órgano diverso al señalado por la ley, se habla de entonces de funcionario incompetente, ya que el creador del acto carece de facultad para expedirlo y crearlo. El funcionario u órgano incompetente es el que no actúa dentro de los límites que la ley ha fijado a su conducta, arrojando esto como consecuencia la llamada: *incompetencia para obrar*.

Atendiendo al principio de legalidad se hace correcto afirmar que no puede haber acto administrativo que no proceda de autoridad legal facultada para expedirlo. Ahora bien, es aquí donde nace el concepto de funcionario competente, ya que la actividad pública debe tener un titular, un individuo de la especie humana que alega cierta facultad para obrar no como particular interesado en el desarrollo de su personal derecho, sino a la manera de agente del Estado. Para que un funcionario pueda ser llamado competente, tiene que reunir dos condiciones¹²¹:

- Capacidad jurídica: Como persona natural que es y se rige por las disposiciones del Código Civil.
- Competencia administrativa: Que es la atribución para el ejercicio de la función pública y se rige por el Derecho Administrativo.

Las dos condiciones anteriores deben hallarse en un mismo funcionario del Estado para que sea llamado competente: debe ser civilmente capaz y administrativamente competente. Solo así, su acto administrativo tiene el amparo jurídico de la presunción de legalidad.

2.4.8.3 Expedición irregular del acto

Hablar de expedición irregular del acto es hablar de los aspectos del llamado “elemento formal del acto administrativo”. Esto se halla regulado por la ley (C.C.A, art. 84), debido a que su desconocimiento o irregularidad da lugar a la formación de los vicios formales de que trata la causal “expedición irregular del acto”.

Esta causal se presenta cuando el acto se expide sin respetar las formalidades y trámites consagrados legalmente. Esto es, actos que para el mundo del derecho están incompletos o son irregulares, ya que carecen de elementos esenciales que la ley señala. Sin embargo, no todos los vicios de forma, dan lugar a la anulación del acto, solo aquellos que la ley exige taxativamente y se han omitido o se encuentran en forma irregular son los que originan la ilegalidad del acto.

¹²¹ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. cit., p. 174

Según la doctrina¹²², la forma tiene una función legal indiscutible y cuando se ignoran o saltan las debidas formas que la ley exige se produce, bien la inexistencia del acto, su invalidez o su ineficacia. Por regla general, la declaración de voluntad administrativa comprende los siguientes requisitos formales:

- Mención de la dependencia administrativa que expide el acto (Presidencia de la República, Ministerio de Educación...)
- Empleo de la denominación del acto (decreto, resolución, acuerdo), número de identificación (001,002...) y fecha de expedición (mes, día, año).
- Descripción del objeto del acto (“Por el cual...).
- Señalamiento del empleado público que lo expide (Presidente de la República, Ministro de Educación...)
- Indicación expresa de los fundamentos constitucionales y legales del acto de que se trata.
- Expresión de la causa del acto, o parte motiva, que se señala en los llamados CONSIDERANDOS. En estos se declaran los aspectos de hecho y de derecho del acto.
- Señalamiento de la parte resolutive o dispositiva, esto es, lo constituye el deber de crear, modificar o extinguir determinada situación jurídica.
- Indicación de los recursos que proceden contra el acto y se agrega la orden de que se someta a las exigencias de publicidad para fines de su cumplimiento.
- Finalmente, las firmas o suscripciones del funcionario o funcionarios que expresan una voluntad pública mediante la expedición del acto.

2.4.8.3.1 Principales aspectos formales¹²³

2.4.8.3.1.1 Motivación

La motivación del acto debe entenderse como la declaración de la causa del acto, esto es, manifestar las razones objetivas y antecesoras al acto que se tuvieron en cuenta para proferirlo. Desde el punto de vista de la expedición irregular del acto, la motivación viene a ser el medio técnico idóneo para ejercer el debido control de legalidad sobre la conducta administrativa.

Cabe destacar que cuando la motivación invocada no corresponda efectivamente a la existente al momento de dictar el acto, se está frente a un caso de “falsa motivación”, pero no frente a un caso de expedición irregular del acto. El tema conveniente es el caso de la ausencia o falta de motivación, puesto que consiste en callar algo que debía expresarse por escrito en el acto expedido, y por tal motivo pasa a ser un vicio de forma, mas no de fondo.

¹²² *Ibíd.* p. 329

¹²³ *Ibíd.* p. 351-364

Por esta razón es más conveniente estudiarla en esta causal expedición irregular del acto que en la de falsa motivación¹²⁴.

Dentro del campo de la ingeniería, es de resaltar que la legislación nacional (ley 80 de 1993, art. 24, num. 7º) ha considerado que es necesario motivar el acto administrativo por ejemplo, al tratarse de un acto de adjudicación de contrato cuando ha mediado licitación o concurso públicos. La ausencia de motivación constituye un vicio de forma, esto porque de una u otra manera se ha afectado el interés general de la comunidad o de los administrados.

2.4.8.3.1.2 Fecha

Como expresión particular del día en que se expide el acto, la fecha constituye parte del elemento formal y es determinante para la vigencia del mismo. A pesar de ser un elemento esencial de la decisión, su omisión no acarrea mayores dificultades porque es saneable.

2.4.8.3.1.3 Parte motiva y resolutive

Son las partes esenciales de todo acto administrativo. De la parte motiva ya se ha hablado anteriormente, queda por considerar la parte resolutive o dispositiva. Por definición esta parte es la que hace referencia a la decisión propiamente dicha, o sea, es la parte final del acto, donde se determina y manda lo que ha de hacerse. En la práctica por lo general se suele disponer en modo infinitivo o en modo imperativo, a saber:

“(...) Resuelve:”

“Artículo primero: Revocar/Revocase directamente el acto administrativo mediante el cual se declaró la caducidad administrativa del contrato (...)”

2.4.8.3.1.4 Lugar de expedición

Toma importancia cuando el acto es expedido por una entidad estatal que no tiene jurisdicción nacional, esto con el fin de determinar el tribunal al cual le compete el control de legalidad del acto. La falta de esta formalidad es subsanable en la publicación del acto o mediante acto complementario.

2.4.8.3.1.5 Suscripción del documento

La suscripción o firma de quien expide el acto, es un requisito esencial para que el acto exista; si el acto no está debidamente firmado es como si no existiera. De ahí que la ausencia de firma se considera como falta de compromiso y por ello, conduzca a la

¹²⁴ *Ibíd.* p. 285

inexistencia del acto. Según la doctrina¹²⁵ la falta de firma no es ratificable ni subsanable por la firma de otros funcionarios, sino de aquel que ha debido suscribir el acto.

2.4.8.3.1.6 Publicidad del acto

Es un requisito formal esencial e imprescindible para la eficacia del acto, la falta de publicidad constituye ineficacia del acto. Esto es, que no podrá ejecutarse mientras aquella no se cumpla. Sin publicidad se interrumpe la función ejecutoria y así el acto aunque sea válido no es perfecto.

2.4.8.3.1.7 Información sobre recursos gubernativos

Además, en el texto de la notificación o publicación tiene que indicarse los recursos que legalmente proceden contra el acto, el funcionario competente para desatarlos y el plazo para interponerlos (C.C.A, art. 47). La ausencia de estos elementos de información genera expedición irregular del acto.

Salvo que un texto legal expreso establezca otra formalidad para la existencia, validez o eficacia del acto administrativo, cualquier otro requisito distinto a los que se han examinado, forma parte de las “formalidades accidentales”, que son motivos insuficientes para afectar la nulidad del acto. A manera de ejemplo, es el caso en el cual un demandante (actor) carece de mérito para intentar la nulidad del acto, al alegar que se llamó “resolución” al acto que debía llamarse “decreto”.

2.4.8.4 Violación del debido proceso

Según la ley, esto es: “desconocimiento del derecho de audiencia y defensa” (C.C.A, art. 84). El debido proceso es el conjunto de reglas que los órganos correspondientes deben seguir en la elaboración del acto legislativo, administrativo y judicial, de las cuales dependen su legalidad y validez. Al mismo tiempo viene a ser medio de conservación del orden justo y de la seguridad jurídica, como derecho inalienable del administrado en un Estado Social de Derecho.

La vigencia de un “orden justo”, el mandato constitucional de mayor jerarquía, se manifiesta de manera inmediata en la conducta del Estado, así mismo el “principio de legalidad”, máximo criterio de control de la actuación del Estado, se manifiesta en la práctica mediante el establecimiento de una serie de garantías tanto en el campo judicial como administrativo; obteniéndose así, que la exigencia del debido proceso se relaciona con la legalidad de los trámites.

¹²⁵ *Ibíd.* p. 357

Es por el debido proceso como nació la celebración de audiencias públicas en los procesos licitatorios, con lo cual se garantiza que la adjudicación está ajustada a derecho, ya que permite que los participantes expongan sus razones divergentes en aspectos de tanta importancia para la comunidad. Esta disposición es de origen superior, se encuentra en El artículo 273 de la Constitución Política.

2.4.8.4.1 Elementos conceptuales del debido proceso

Es en el artículo 29 de la Constitución Política donde se encuentran consagrados los principales fundamentos teóricos del debido proceso, a saber:

- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente con la plenitud de las formas propias del 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 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.
- Finalmente dicho artículo dispone que será nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

2.4.8.5 Falsa motivación

La motivación del acto de la administración es el señalamiento expreso de las razones que fueron tenidas en cuenta para expedirlo. La motivación del acto administrativo es una necesidad institucional, ya que la fijación de los motivos facilita el ejercicio de control de legalidad sobre tales actos.

Se sabe a ciencia cierta que el acto acusado es ilegal, por falsa motivación, cuando su causa no es la que prevé la norma; en tal caso, la conducta administrativa irregular surge cuando del cotejo de los antecedentes de hecho o de derecho tenidos en cuenta y las previsiones de la norma, no coinciden; habrá de esta forma, un vicio en el elemento causal. Ocurre así, cuando se toman hechos o actos no reales, como fundamento causal del acto, hay lugar a la nulidad de éste si han sido el motivo para su expedición.

Sobre lo antes expresado el tratadista RODRIGUEZ RODRIGUEZ¹²⁶ señala:

“Esta causal de falsa motivación comprende dos posibilidades: en primer lugar, puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expida el acto sin que sus motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos.

”Por ejemplo, para el otorgamiento de una pensión de jubilación se requiere la presencia de ciertos requisitos en cuanto a la edad y años de trabajo del jubilado, de manera que si se otorga una pensión a una persona que no ha reunido dichos requisitos, el acto estará por esta causal de ilegalidad y en segundo lugar, esta ilegalidad puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han sido realmente, sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídico. Se habla entonces de la inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos. Como ejemplo de error de hecho en los motivos podemos citar el caso de un acto administrativo para cuya expedición se invoca como fundamento una solicitud de un particular que este no ha presentado.

”En relación con el error de derecho, este se presentará cuando el motivo invocado no existió materialmente, pero ha sido mal apreciado por el funcionario. Por ejemplo, se concede licencia a un empleado accediendo a una solicitud que realmente hizo, pero en la cual solicitaba sus vacaciones.”

Por lo anterior y para los fines conceptuales de estudio, la falsedad de la motivación en el acto acusado, reside en invocar, como fundamento del acto, un antecedente que no existe realmente o que no es el que prevé la norma, sea tal antecedente de hecho o derecho. Es importante aclarar que la falsa motivación no condiciona su existencia a que exista mala fe o dolo en el funcionario que expide el acto viciado de falsedad; porque, no es necesario que haya prueba de la intención del funcionario. Por el contrario, es suficiente una equivocación involuntaria, debida a un acto negligente o descuidado, provocado sin intención.

2.4.8.6 Desvío de poder

La materia a estudiar es el último punto comprendido dentro de las llamadas causales de anulación del acto de la administración. El desvío de poder es un tema ampliamente tratado en el Código Contencioso Administrativo en el artículo 84 y la jurisprudencia colombiana. Sin llegar a altos grados de detalle, solo se expondrá a continuación un breve análisis de las manifestaciones de esta causal de anulación, que se considera debe conocer todo ingeniero o aquella persona que pretenda trabajar con el Estado.

¹²⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 219

Según el tratadista RODRIGUEZ RODRIGUEZ¹²⁷, el desvío “*se presenta cuando hay indebida aplicación de la facultad discrecional o arbitrio administrativa, por parte del funcionario público. El desvío de poder corresponde a todos los eventos en los que toda autoridad usa su poder, para fines diferentes de aquellos para los cuales se los otorgó la ley.*” Se cita como ejemplo, la construcción de un puente para comunicar internamente las fincas de dos concejales de un determinado municipio, o publicar un pliego de condiciones solo unas pocas horas, con el fin de reducir el número de posibles competidores y así favorecer a un proponente amigo del funcionario público encargado del proceso licitatorio.

Para la doctrina¹²⁸ anular un acto de la administración invocando esta causal es en extremo compleja, principalmente debido a los riesgos latentes por la dificultad de la prueba del desvío, ya que ésta en la mayoría de los casos es recóndita u oculta psicológicamente por el funcionario. Pero argumenta el mismo autor que en la práctica no es extraño el riesgo de dos clases opuestas de fin perseguido, a saber:

1. Fin denominado elemento psicológico desviado: Es del servidor público, para quien es fin determinante de su conducta, correspondiendo así a lo íntimamente esperado por él, para provecho suyo o de terceros.
2. Fin previsto por la ley: Es el fin que está determinado respecto a cada funcionario y es el que espera la Constitución y la ley, para atender necesidades públicas.

Es importante entender la consideración de “interés público” para la debida comprensión del desvío de poder, como causal de anulación de los actos administrativos, ya que todo acto que provenga de la actividad ordinaria de la administración, debe tener “cierta finalidad” y no otra, donde el fin del acto es la consecuencia que sigue a la expedición de él, en cuanto a su realización. Cuando se habla de la causal desvío de poder, consiste exclusivamente en la demostración de que el fin intentado, no es el requerido por la ley. El desvío de poder es típico de la conducta denominada discrecional, mas no en la conducta reglada, ya que el acto reglado esta previsto rigurosamente en la norma que lo gobierna, y al funcionario solo le compete darle cabal cumplimiento. Conviene así advertir que, examinado el elemento teleológico o finalístico del acto discrecional es como se prueba la conducta desviada, porque no existe otra forma de control de la posible arbitrariedad que superponiendo, en el acto administrativo, lo que el administrador persiguió y obtuvo con su dictado y el interés público particular que debió satisfacer¹²⁹.

2.4.8.6.1 Prueba del desvío de poder¹³⁰

¹²⁷ *Ibíd.* p. 335

¹²⁸ LAMPREA RODRIGUEZ, *Op. cit.*, p. 228

¹²⁹ *Ibíd.* p. 228

¹³⁰ *Ibíd.* p. 248

El primer problema práctico de la prueba es saber que fin busca la ley, cuando fija la facultad al agente. Ya que la ley no acostumbra declarar categóricamente el fin que se propone; otro problema (el más complejo) es determinar el fin indebido buscado por el administrador, teniendo presente, que el fin de una conducta es el resultado de una labor de interpretación respecto del texto que fija la función.

El problema en el segundo caso es evidente, ya que el administrador infiel, tratará por todos los medios, de disfrazar su conducta con capa de legalidad. La prueba que la desvirtúe será por lo mismo muy difícil, debido a que el vicio está en el elemento teleológico (causas finales o motivos por los cuales se expidió el acto) y externamente satisface aparentemente todas las exigencias legales.

Para concluir, el autor recomienda, que si existen otras circunstancias que podrían conducir a la anulación del acto invocando otra causal, la acusación de nulidad debe fundarse en una causal diferente a la del desvío de poder, debido a la dificultad que implica la prueba de la intención secreta del autor. Pero si se logra probar, el acto tiene que anularse y debe darse un restablecimiento del derecho para reparar el daño antijurídico debido a la conducta irregular del funcionario.

2.5 ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LEY 80 DE 1993.

2.5.1 Antecedentes históricos

La ley 80 de 1993 nace en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de hacer la necesaria transformación en el régimen de la Contratación Estatal, eliminando así la dualidad que existía entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración que estaban consagrados y diferenciados por la ley 19 de 1982 y el Decreto-ley 222 de 1983, unificando en una sola categoría los contratos celebrados por la administración pública.

El problema que se planteaba para la unificación de la contratación era básicamente jurídico-político, debido al choque producido entre la idea de igualdad que emana del concepto de contrato, al de poder público, que puede decirse se deriva de la potestad del Estado. En otras palabras, la concepción contrato-Estado era análoga a la concepción agua-aceite, debido a los criterios diferenciadores que acogía el Decreto-ley 222 de 1983.

Para llegar al actual ordenamiento jurídico en contratación, se avanzó por una serie de etapas claramente diferenciadas, a saber¹³¹:

¹³¹ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Contratos administrativos. Bogotá: librería profesional, 1985. p. 1-5.

- Alrededor de los años 1900 estaban íntegramente regidos en su formación y ejecución por el Derecho Público.
- Entre los años de 1905 y 1912 se empieza a aceptar el término jurídico de CADUCIDAD, que fue introducido originalmente en los contratos de obra y posteriormente en los de prestación de servicios.
- Por el año de 1912 se establece la exigencia de la licitación pública para determinados contratos, y
- El otorgamiento al juez ordinario de las controversias surgidas de la contratación, con la prohibición incluso legal (ley 167 de 1941) de ser resueltas en la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

El giro por decirlo así, se empieza a dar gracias a la influencia de la escuela Francesa de Burdeos, cuando postula que eran los tribunales de la administración los cuales debían decidir los conflictos generados entre la administración pública y los particulares, quedándole de esta manera prohibido a los tribunales judiciales la intervención en dicha materia.

De esta manera, resulta fácil deducir que fue la doctrina Francesa la mayor fuente de influencia en el sistema jurídico colombiano, en cuanto a asuntos relativos a la distinción entre contrato administrativo y contrato de derecho privado de la administración, así como en el manejo de controversias derivadas de los contratos administrativos. Pero el aporte no fue completo, ya que no precisó los criterios de distinción entre estos contratos y aquellos que pertenecían al derecho común, razón por la cual en un principio la jurisprudencia fue la encargada de señalar la cláusula de caducidad y la competencia a los tribunales de lo Contencioso-Administrativo como medio determinante de tal decisión. Pero en los años de 1940 en el débil derecho administrativo surge una reestructuración debido al nuevo enfoque del Estado en la sociedad, tal y como lo enseña la doctrina¹³²:

“En la primera mitad del siglo XX se presenta una espectacular transformación del derecho administrativo, sepultando así las ideas liberales e individuales de los siglos XVIII-XIX y se configura un Estado intervencionista que multiplica su presencia tanto cualitativa como cuantitativa en la sociedad con el fin de conformar un orden social basado en la justicia”. El mismo autor agrega “Lo que le impone la exigencia a la administración pública de tener que utilizar las instituciones basadas en el seno del derecho privado para conseguir los fines competenciales, ante la ausencia en el derecho administrativo de unas técnicas propias y adecuadas para ello.”

Posteriormente se siguió avanzando en la materia sobre temas relacionados en contratos de obra pública, contratos interadministrativos, contratos de suministro y en el año de 1955 se aborda el tema de los contratos de empréstito. Quedando toda la parte legal de esta

¹³² ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: LEGIS, 1999. p. 31.

contratación sistematizada en un único Estatuto que fue el Decreto 150 de 1976. En el cual se empieza ya a hacer evidente la aplicación de categorías jurídicas propias del derecho civil, aunque son reconocidas en el Derecho Público con algunas modificaciones relevantes.

Situación esta que complicaba judicialmente la diferencia en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a los contratos del Estado y el consecuente reparto de competencias para los aspectos contenciosos entre el juez administrativo y el juez ordinario. Siendo la ley 19 de 1982 y el Decreto-ley 222 de 1983 quienes plasmaron en términos legislativos aquello que se estaba esperando y se creía era la solución a la confusión existente entre los contratos administrativos y los de derecho privado.

Inmediatamente después de expedido el Decreto-ley 222 de 1983 y como es natural, se empezaron a plantear críticas y observaciones que llevaron a la firme convicción sobre la necesidad de introducirle modificaciones a varios aspectos de su contenido. Aunque la intención del legislador al emitir el Decreto-ley 222 de 1983 fue asegurar la moralidad, la eficacia y la responsabilidad en la contratación pública, esto termino distorsionado al momento de aplicarse en la práctica, entre otras razones porque:

- Generó un excesivo reglamentarismo legal en cuanto a procedimientos y trámites para la formación y perfeccionamiento del acto.
- Se produjo un exceso de controles, revisiones y autorizaciones que dificultaron enormemente la actividad contractual en cuanto a su eficiencia y eficacia.
- En un intento por diferenciar el contrato administrativo del contrato de derecho privado basándose en la supuesta autonomía del Derecho Administrativo, los criterios que marcaban esa supuesta diferencia lo que terminaron fue dándole una marcada estructura administrativa a las dos modalidades de contratos.
- Debido a los obstáculos que generaba la utilización del mencionado decreto, se expidieron una multiplicidad de estatutos contractuales especiales, generándose así un desorden administrativo debido a la falta de un estándar de contratación.
- Como consecuencia de los inconvenientes, empezó a reinar un sistema en el cual las responsabilidades consecuentes a la toma de decisiones, a los actos o a las irregularidades se tornó muy diluido, debido a la ausencia de control, dirección y sobre todo, responsabilidad en los procesos contractuales.

Se hacia así evidente la necesidad de una reforma sustancial que buscara elementos normativos para la eficacia, agilidad y transparencia de la gestión contractual al Estado para así solucionar los inconvenientes antes desatados. Fue así como, con la expedición de la constitución de 1991 y debido al nuevo enfoque sobre el papel del Estado, de los particulares y de la función pública, la administración encuentra los fundamentos de la necesaria transformación al agregarse en el inciso final del artículo 150 el mandato que

obliga al Congreso de la República dictar el Estatuto General de Contratación de la Administración pública.

A esta serie de modificaciones o agentes así obtenidos, se le llamó: LEY 80 DE 1993, y con su expedición se trató de unificar en una sola teoría los contratos relacionados con la administración pública, los cuales se conocen hoy día como *contratos estatales*, eliminando de esta manera la doble clasificación existente que carecía de fundamentos tanto sólidos como científicos¹³³.

2.5.2 Estatuto general de contratación pública

Nace como resultado de un proyecto de ley presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, el cual se realizó basado en un amplio y detallado estudio con el objeto de imprimirle a la contratación Estatal una nueva dinámica en consonancia con los nuevos mandatos Constitucionales, en particular los relativos a eficiencia, eficacia y transparencia de la función administrativa.

Entre las características generales del nuevo Estatuto, se tienen:

- estatuto de principios

Es un cuerpo normativo de principios y reglas generales que deben regir la contratación pública buscando que ésta se lleve a cabo con agilidad y eficiencia dentro de los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

- autonomía de la voluntad

Elimina la supuesta autonomía atribuida al Derecho Administrativo que trataba de hacer ver al contrato administrativo como una categoría esencialmente distinta del contrato de derecho privado. Por lo tanto, la ley eliminando la doble clasificación que se había impuesto con criterios no siempre claros que no hicieron mas que generar controversias y conflictos, acoge el criterio de la naturaleza unitaria de los contratos de la administración pública al cual denominó: CONTRATO ESTATAL (ley 80 de 1993, art. 32).

Otra manera de enfocar dicha autonomía, es porque el Estado no puede imponer al particular que supla necesidades administrativas, esto sería contrario a lo que está escrito en las leyes colombianas, ya que sería típico de un Estado totalitarista que vulnera los derechos fundamentales de las personas, cosa que no pasa en Colombia ya que según lo estipula la propia Constitución Política: Colombia es un *ESTADO SOCIAL DE DERECHO* donde prima el interés general.

¹³³ *Ibíd.* p. 53

- universalidad del estatuto

Se dice que es un Estatuto universal, porque su aplicación se extiende a todos los niveles de la administración de las Entidades Estatales, evitando así la multiplicidad de regímenes contractuales y desorden administrativo que se originó con el Decreto-ley 222 de 1983.

- supresión de trámites

Esto atiende sobre todo al principio de economía, que es considerado dentro del conjunto de principios del mismo estatuto. Impidiendo así de trámites, requisitos y autorizaciones innecesarias que no hacían mas que dificultar, retardar y encarecer la gestión y por consiguiente el proceso contractual.

Esto evita el uso de formalidades que no están contempladas expresamente dentro de la ley. A manera de ejemplo, antes de la expedición de la ley 80 de 1993 los contratos de las entidades Estatales se sometían a múltiples controles, entre estos:

- Control en la oficina jurídica de la entidad Estatal;
- Control en la oficina jurídica del ministerio correspondiente;
- Control de la secretaria jurídica de la presidencia de la República;
- Aprobación del Consejo de ministros;
- Revisión de legalidad del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos; y
- Exigencia de concepto favorable para la adjudicación del contrato.

Posterior a la expedición del Estatuto General de Contratación y atendiendo al llamado de modernización y dinamismo en la contratación, se suprimen entonces, tanto la aprobación del Consejo de ministros, como la revisión de legalidad del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos (ley 80 de 1993, art. 25, num. 8°).

Punto importante sobre la supresión de trámites en la nueva contratación estatal consiste en el delicado tema del *fraccionamiento de los contratos*. Su importancia radica en que los anteriores estatutos de contratación lo prohibían explícitamente, en cambio, el nuevo estatuto, aunque también lo prohíbe como es obvio, lo hace en un lenguaje más abstracto que incluso se ha llegado a confundir con el hecho de que no se prohíba. Esto, en parte es debido al nuevo enfoque que adquiere la contratación estatal en el Estado colombiano. Al respecto se expone el tema con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³⁴ que sobre el fraccionamiento de contratos ha dicho:

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1373, septiembre 14, 2001. Consejero Ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH. Actor: Ministro de Justicia.

“El fraccionamiento de contratos. Ha sido una figura prohibida expresamente en los anteriores estatutos de contratación (decreto ley 150 de 1976 y decreto ley 222 de 1983), en los cuales en forma imperativa se negaba la posibilidad de fraccionar contratos, entendida ésta como la suscripción de dos o más contratos entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro un término, que la primera de las normatividades estableció en tres meses, y el estatuto de 1983, lo amplió a seis meses.

”Si bien dicha figura no aparece dentro del estatuto actual en los mismos términos de los estatutos anteriores, ello obedece a la estructura misma de la ley 80, puesto que se pretendió terminar con la exagerada reglamentación y rigorismo y en cambio se determinaron pautas, reglas y principios, de los que se infiere la prohibición del fraccionamiento, y que se traduce en distintas disposiciones como la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto.

“El estatuto actual traduce el querer del legislador de evitar por todos los medios la posibilidad de que la administración haga engañoso el mandato de obligatoriedad de la licitación o procedimiento de escogencia objetiva del contratista, y así impedir que los contratos queden en cabeza de uno solo o pocos contratistas.

”De manera que la facultad de la administración para elaborar unilateralmente los pliegos de condiciones está regida, en primer lugar, por el cumplimiento de la finalidad de interés general del contrato que se trate y por el principio de legalidad, y en segundo lugar limitada por los principios de transparencia, imparcialidad y de buena fe, este último inmerso en toda la actividad contractual. Todo ello impide a la entidad licitante introducir en los pliegos condiciones o términos de referencia, reglas que contraríen el principio de igualdad para beneficiar a determinado licitante, como cuando se establecen condiciones que de antemano se sabe que sólo podría cumplir una persona natural o jurídica determinada, o bien <<que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas>>.

”Tampoco podrá dejar en cabeza de un solo contratista varios contratos con el mismo objeto, pues mediante el fraccionamiento de contratos se elude el proceso licitatorio, lo que constituye favorecimiento indebido, en la forma en que antes quedó expuesto (...).”

En cuanto al conocimiento de las controversias, hoy día, se considera que carece de fundamento dogmático y de justificación práctica la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias derivadas de los contratos Estatales, en parte porque existe como se anotó anteriormente una naturaleza unitaria en los contratos de la administración Pública regulados de manera simultánea por el Derecho Privado y por el Derecho Público, luego se pierde el sentido de tener dos jurisdicciones (jurisdicción en lo Contencioso Administrativo y la jurisdicción ordinaria) para la atención de dichas controversias, y es así

como el legislador le atribuye a la justicia administrativa, esto es, a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, la competencia sobre la actualidad contractual del Estado¹³⁵.

Es pertinente cerrar el tema de la ley 80 de 1993 tal y como la describe el profesor MENDOZA PALOMINO¹³⁶, cuando expresa en concisos pero sencillos términos qué es lo que ha de entenderse por Estatuto general y por qué no es un sistema cerrado de normatividad:

“Como Estatuto General, se entiende no una ley pormenorizada en todos los aspectos contractuales lo cual significaría entorpecer la misma administración, que exige: Agilidad de manejo y cumplimiento de los principios constitucionales de la administración pública así como de la misma naturaleza del contrato en sí.

”Como Estatuto General debe trazar principios, parámetros, procedimientos y objetivos en los cuales se debe basar y a los cuales se debe ceñir la actuación contractual del Estado y sus mismos contratistas.”

2.6 Test capítulo II

A continuación se exponen por razones de seguridad solo dos de las preguntas que componen el test a evaluar del capítulo II, el resto hace parte de la base de datos que el programa requiere para generar de manera aleatoria diez de ellas al momento de evaluar el contenido del respectivo capítulo.

Al igual que en el caso anterior, se seleccionó una pregunta de cada tema que compone el respectivo capítulo. Así, se expone una pregunta referente a los actos de la Administración pública y la otra pregunta es referida al estatuto general de contratación de la Administración pública: ley 80 de 1993. Encerrando de esta manera los dos temas que componen el capítulo II.

EJEMPLO A:

Jorge, ingeniero Civil de profesión, actualmente se encuentra con problemas de tipo judicial al haber celebrado un contrato de obra pública con la Administración, estando inhabilitado para tal fin, debido a una declaratoria de caducidad sufrida hace un año atrás.

Por haber violado el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se puede afirmar que el reciente contrato celebrado por el ingeniero adolece de

¹³⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 58

¹³⁶ MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y Sinopsis de la Constitución de 1991. Bogotá: Doctrina y ley, 1996. p. 240.

- A. Nulidad parcial
- B. Nulidad relativa
- C. Nulidad absoluta
- D. Vicios de forma
- E. Falsa motivación

La clave es la respuesta (C). Al celebrar un contrato con la Administración pública estando sancionado con la caducidad, el contratista se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado y el resultado del contrato es una nulidad absoluta, sin dejar de lado otro tipo de sanciones debido al grado de irregularidad mayor sin posibilidad de saneamiento.

Con la información contenida en el enunciado no se puede saber por qué fue declarada tal caducidad, lo que impide saber los años que está dura, bien pueden ser 5 o 10 años, pero, dado que el mismo enunciado acota la fecha a un “año atrás”, con seguridad cualquier tipo de caducidad atiende las circunstancias de tiempo.

EJEMPLO B:

El estatuto general de contratación pública o ley 80 de 1993, nace como resultado de un proyecto de ley presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, el cual se realizó basado en un amplio y detallado estudio con el objeto de imprimirle a la contratación Estatal una nueva dinámica en consonancia con los nuevos mandatos Constitucionales, en particular los relativos a eficiencia, eficacia y transparencia de la función administrativa.

Entre las características generales del nuevo Estatuto, se tienen:

1. Suprime ciertos controles como la aprobación del Consejo de ministros y la revisión de legalidad del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos para los contratos estatales.
2. Unifica los criterios administrativos en materia de contratación de las entidades estatales, evitando así la diversidad de regímenes contractuales y desorden administrativo.
3. Señala de manera exacta los procedimientos y exigencias a seguir en todos los procesos estatales, no permitiendo alejarse en ningún momento de dicha normativa.
4. Le otorga a los contratos de la administración el sello único e indiscutible de regularse de manera exclusiva por el Derecho Público.

Las respuestas correctas son la 1) y la 2), esto es, la A. Dentro de las innovaciones introducidas en la contratación estatal con la ley 80 de 1993 fue la celeridad y sencillez del proceso licitatorio, esto lo muestra la supresión de ciertos trámites innecesarios entre los que cuentan la información contenida en la respuesta 1. Por otro lado, el nuevo estatuto

trata de unificar los criterios dispersos que se tenían con el antiguo estatuto de contratación (decreto-ley 222 de 1983), que llegaban al caso extremo de existir pautas diferentes de contratación entre diferentes entidades estatales de una misma rama.

Los distractores 3) y 4) son muy sencillos de identificar por cualquier estudiante que hubiere leído con atención la información contenida en el tutorial, porque estas dos informaciones son precisamente opuestas a los fines del legislador en la creación de la Ley 80 de 1993 y por ende opuestas a las claves.

2.7 CONTRATACIÓN ESTATAL

“Todos los medios son buenos cuando son eficaces”.
Jean Paul Sartre (1905-1980)
-Filósofo Francés-

2.7.1 Generalidades

Los contratos de la administración pública en Colombia se encuentran regidos por la existencia de una serie de normas legales y administrativas de obligatoria observancia y cumplimiento por parte de las personas que desempeñan funciones públicas. Esto con el fin de invertir correctamente los dineros públicos para la atención de las necesidades de la comunidad.

Al sistema de normas legales y administrativas antes referido, se le conoce en el campo de la administración como: PROCEDIMIENTO RÍGIDO ó SISTEMA FRANCÉS, el cual ha venido operando en Colombia desde el año de 1912 (Código fiscal) hasta los presentes días, tiempos hoy en los cuales se han presentado una profunda serie de cambios como se señaló al estudiar la historia de la Ley 80 de 1993, que es el Estatuto Contractual que agrupa de manera general todas las normas relacionadas a procedimientos, trámites y requisitos necesarios para la celebración de los contratos y lo relativo a la ejecución y liquidación de los mismos.

Tratando ya más de cerca el tema de los contratos estatales, en lo relacionado con su validez ante la Ley, se cita al tratadista ESCOBAR GIL¹³⁷, quien presenta en términos generales las características de validez de los mismos en lo referente a las personas que los celebran, tal como lo exige el sistema administrativo:

“Un requisito esencial de validez del contrato es que estos sujetos sean legalmente capaces [la administración y los contratistas], tal como lo prescribe con carácter general el

¹³⁷ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 95

artículo 1502 del Código Civil, cuando señala: “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz (...). La capacidad legal es el poder que le atribuye y/o reconoce el ordenamiento positivo a las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.”

Esta teoría jurídica presenta algunas variantes cuando se entra al campo del Derecho administrativo, más específicamente cuando se hace referencia a la contratación estatal. En relación con la administración, el concepto de CAPACIDAD se transforma en el concepto de COMPETENCIA, que tiene que poseer la entidad estatal para poder contratar, como lo expresa la doctrina¹³⁸: “A falta de una asignación legal de funciones, simple y llanamente las entidades de la administración pública no pueden actuar.” Para mayor extensión del tema, se exponen a continuación cuales son las consecuencias cuando no se acata de manera precisa lo determinado por la ley¹³⁹:

“El contrato que celebra la administración pública, por fuera del marco de las competencias fijadas por el ordenamiento positivo, adolece del vicio de falta de competencia, lo que constituye una causal de nulidad absoluta como se deduce del artículo 44 numeral 2º de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1502 del Código Civil.”

Pero la sola competencia de la entidad no garantiza que el acto no pueda padecer de nulidad, adicional a ésta, tiene que tener también competencia el funcionario que actúa dentro de dicha entidad. Las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y el manual de funciones de las entidades públicas, establecen las competencias que le corresponden a cada órgano o funcionario público dentro de la contratación estatal en sus distintas etapas, a saber:

- Formación de la voluntad (elaboración de pliegos, apertura de la licitación, adjudicación, etc.)
- Celebración (firma del contrato por las partes).
- Ejecución (todo el proceso de desarrollo material del contrato).
- Liquidación del contrato (saldo de cuentas entre las partes).

Luego dentro de una entidad determinada, ya se encuentran previamente señaladas las dependencias a las cuales les competen los estudios, planos y diseños; o el análisis jurídico de las propuestas; o la evaluación económica y financiera de los ofrecimientos, así como todos las demás etapas señaladas. Ahora bien, según el artículo 11 numeral 1º del Estatuto Contractual se le atribuye al jefe o representante de la entidad “*la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas*

¹³⁸ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá: LEYER, 2000. p. 250.

¹³⁹ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 97

(...)”. Es entonces este funcionario el encargado de la apertura de las licitaciones o concursos, dirigir el procedimiento de selección, realizar la respectiva adjudicación, celebrar contratos, expedir los actos administrativos contractuales en ejercicio de las potestades públicas exorbitantes, y en fin para liquidar la relación jurídica. *“De ahí que la validez del otorgamiento de estos actos en general, y de la celebración de los contratos en particular, dependen que hayan sido expedidos por el órgano al que la Ley le confía la representación legal, que siempre es del jefe o representante de la entidad pública.”*¹⁴⁰

De otra parte, para los contratistas se requiere que estos posean capacidad legal tal como lo consagra el Derecho privado, o sea, que la persona no se encuentre calificada como demente, impúber, sordomudo o interdicto judicial como lo estipula el Código Civil. Pero la sola capacidad de obrar no basta, para contratar con el Estado es necesario también que la persona no se encuentre afectada por una prohibición legal y para eso existe un severo Estatuto de inhabilidades e incompatibilidades como lo expresa el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, y *“si bien es cierto no es tan claro en la ley, las figuras jurídicas de las incompatibilidades y las inhabilidades presentan diferencias palpables. Las incompatibilidades se refieren a la prohibición establecida por la ley para que determinadas personas que poseen una investidura oficial o desempeñen una función pública puedan celebrar contratos con las entidades estatales, con el objeto de preservar la transparencia y moralidad administrativa que pueden verse afectados por las grandes cantidades de dinero que involucra la gestión pública. La inhabilidad en cambio, es una sanción (administrativa, penal o disciplinaria) impuesta a cualquier persona con capacidad de obrar, bien sea empleado público o particular que haya infringido las normas en materia de contratación.”*¹⁴¹

Para finalizar lo referente a los contratistas queda una última disposición, y es que para determinados contratos estatales, como son los de obra, consultaría, suministro y compraventa de bienes muebles, que entre otras cosas son los de uso más frecuente por la administración, se requiere de la previa inscripción, clasificación y calificación en un registro público llevado por las cámaras de comercio de cada localidad, llamado el registro único de proponentes, o registro de contratistas como también se le conoce, el cual será tratado con mayor grado de detalle más adelante en esta obra.

2.7.2 Enumeración de contratos estatales

Según el estatuto de contratación administrativa en su artículo 32 expresa que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

¹⁴⁰ *Ibíd.* p. 98

¹⁴¹ VIDAL PERDOMO, 10 ed. Op. cit., p. 193

2.7.2.1 Contrato de obra

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

2.7.2.2 Contrato de Consultoría

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.

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

2.7.2.3 Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

2.7.2.4 Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del

bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

2.7.2.5 Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública

Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

Cabe destacar que también son considerados contratos estatales aquellos que el Estado realiza entre sus mismas entidades, por tal motivo, presentan algunas diferencias de orden jurídico respecto de los contratos celebrados entre el Estado y los particulares, diferencias que son estudiadas más a fondo posteriormente en este mismo capítulo. Al tipo de contrato así celebrado, se le denomina contrato Interadministrativo.

2.7.3 Normatividad aplicable a los contratos estatales

En cuanto a la normatividad aplicable a los contratos estatales el Consejo de Estado¹⁴² ha dicho que *“(...) éstos se rigen por las normas comerciales y civiles pertinentes, por las disposiciones especiales de la ley de contratación estatal, por aquellas excepcionales previstas para algunos contratos, sin perjuicio de las reglas establecidas para los celebrados en el exterior, o en Colombia que deban ejecutarse o cumplirse en el exterior, o los financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o convenios con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional (ley 80 de 1993, art. 13). Por tanto, este régimen aplicable a los contratos estatales significa la posibilidad para las entidades estatales de celebrar toda clase de ellos, esto es, los previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales, los derivados de la autonomía de la voluntad, o los regulados por el propio estatuto de contratación (ley 80 de 1993, art. 32) (...)”*

Respecto a la autonomía para la negociación de las estipulaciones, el legislador otorga a las entidades libertad en el contexto de los fines estatales al regular la forma de convenir sus contratos (Ley 80 de 1993, art. 40) y señalar el contenido e indicar que sus estipulaciones serán las que *“de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*. Agrega además que dichas entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad requerida para el cumplimiento de los fines estatales; finalmente, prevé que en los contratos celebrados por

¹⁴² Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000.
Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del Interior.

las entidades estatales “podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”. (Ley 80 de 1993, art. 40, inciso 4°).

Dentro de la normatividad aplicable a los contratos estatales, cabe exponer grosso modo y en términos generales la relación que existe entre estos y el presupuesto disponible para realizarlos o para que sean aprobados como realizables. Según el artículo 25 numeral 6° de la ley 80 de 1993 cuando existan las respectivas partidas o “disponibilidades presupuéstales” es cuando se abrirán las licitaciones o los concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos ; de este modo, es como se configuran autoridades que serán las encargadas de constituir las reservas y compromisos presupuéstales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios; igualmente incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Sobre el tema en estudio el Consejo de Estado¹⁴³ señaló que: “(...) *El estatuto orgánico del presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996, contiene varios preceptos aplicables a la contratación estatal. De acuerdo con el artículo 71 todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuéstales deberán contar previamente con **certificados de disponibilidad** que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los respectivos gastos. Dichos compromisos deben contar igualmente con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.*” (Negrillas de la sala).

Agregando mas adelante la misma ponencia que “*Por consiguiente, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras (...)*”.

Es de destacar que las apropiaciones incluidas en el presupuesto general son autorizaciones máximas de gasto que la corporación competente aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva (que es de un año calendario). Al finalizar el año, expiran las autorizaciones y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse, ni contracreditarse. Así, los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, como por ejemplo contratos de la administración, a pesar de estar

¹⁴³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1230. Agosto 26, 1998.
Consejero Ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

legalmente contraídos y desarrollar el objeto de la apropiación, deberán ser incluidos por el respectivo órgano en las reservas presupuestales y éstas sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen.

Finalmente, se exponen algunas de las conclusiones de la ponencia antes citada del Consejo de Estado en cuanto a disposiciones de la ley 80 de 1993 de manera conjunta con las del estatuto orgánico de presupuesto (decreto 111 de 1996) en orden a fijar su significado y alcance en forma armónica:

- a) *“El presupuesto contiene las apropiaciones para atender los gastos, entre estos el pago de las contraprestaciones que se pacten en los contratos. Así mismo, debe contener una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos en la contratación.*
- b) *”Cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales podrán abrirse las licitaciones o concursos.*
- c) *”Para afectar la respectiva apropiación presupuestal con la celebración de un contrato, el funcionario competente para celebrarlo debe contar previamente con un certificado de disponibilidad presupuestal.*
- d) *”El compromiso adquirido por medio del contrato debe contar con registro o reserva presupuestal, el cual indicará claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.*
- e) *(...)”*

2.7.4 Elementos esenciales del contrato estatal

Para que el contrato produzca los efectos jurídicos previstos en la ley, es indispensable que cumpla ciertos requisitos inherentes a su naturaleza y esencia, indispensable para su existencia y validez.

Asimismo, como ya se expresó anteriormente, el Código Civil (art., 1502) establece los elementos esenciales básicos de los actos o negocios jurídicos (contratos) como fuentes de obligaciones: *“para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º Que recaiga sobre un objeto lícito; 4º Que se tenga una causa lícita (...)”*

En atención a lo antes expuesto y con apoyo en la doctrina, se proceden a estudiar los siguientes elementos del contrato estatal: Objeto, sujeto o partes, competencia y capacidad, consentimiento y voluntad, causa o finalidad, procedimiento, contenido y forma.

2.7.4.1 Objeto

“El objeto contractual es la obligación de ejecución del contrato que, como en el derecho privado, tiene por contenido el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa o algo, como consecuencia del acuerdo de las partes.”¹⁴⁴ y es de suma importancia destacar que tanto en el derecho privado como en el público, todo contrato que tenga un objeto ilícito es nulo. Ya definido en que consiste el objeto del contrato, se procede a examinar lo referente a las partes en el contrato estatal.

2.7.4.2 Partes

Es importante iniciar exponiendo que “en la celebración de los contratos estatales como regla general intervienen dos personas: LA ADMINISTRACION PÚBLICA y EL CONTRATISTA.”¹⁴⁵ Ahora bien, esto no quiere decir que el contratista sea siempre una persona natural o jurídica de derecho privado, porque en materia de contratación estatal también cabe la posibilidad que no intervenga ninguna persona de derecho privado, o sea, contratos donde las dos partes son entidades públicas del Estado. A este caso particular por así decirlo, se le conoce como *contratación interadministrativa* y será estudiada posteriormente en este mismo capítulo.

La entidad estatal actúa como sujeto de derecho público en cumplimiento de la función administrativa, y el sujeto de derecho privado que es el contratista, actúa como colaborador del Estado, con interés patrimonial o monetario, términos estos últimos que en la materia de contratación se le denomina: *contraprestación a cargo del contratista*.

2.7.4.3 Competencia y capacidad

Las expresiones *competencia* y *capacidad* en el fondo son equivalentes y se entienden como la facultad de obrar en derecho, con la salvedad que el término *competencia* hace referencia al derecho público, mientras que *capacidad* alude al derecho privado. Así lo explica el tratadista SOLANO SIERRA¹⁴⁶ cuando se referencia de la exposición de los motivos del proyecto de ley para expedir el nuevo estatuto de contratación administrativa o Ley 80 de 1993:

“La celebración de cualquier género contractual exige como requisito de validez la necesaria aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos. Esa aptitud cuando se predica de un ente estatal se denomina “competencia”, en tanto que se denominará “capacidad” cuando alude al particular.”

¹⁴⁴ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*. Bogotá: Librería del profesional, 1997. p. 128.

¹⁴⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 95

¹⁴⁶ SOLANO SIERRA, Op. cit., p. 130-131

Más adelante agrega: “El artículo 6º del proyecto se refiere a los contratistas como uno de los sujetos de la relación contractual y, por lo tanto, a la capacidad. El proyecto al respecto mantiene los principios que en las disposiciones vigentes se establecen para el efecto. Es decir podrán celebrar contratos estatales todas aquellas personas a quien la ley otorgue capacidad para obligarse por sí mismos y sin el ministerio o autorización de otra, siendo su consagración la regla general, en tanto que la incapacidad será la excepción (...)”

Valga aclarar, que cuando se habla de la capacidad del contratista, a este último se le toma en toda la extensión de la palabra, porque contratista para la legislación colombiana comprende tanto a las personas naturales o jurídicas, en forma individual o colectiva (asociación, consorcio o unión temporal), nacionales o extranjeras, domiciliadas o residentes dentro o fuera del país; igualmente a las personas públicas para el evento en que se manejan contratos Interadministrativos, así como a las no gubernamentales, esto es, en los casos donde se celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro.

2.7.4.4 Consentimiento y voluntad

El contrato estatal tiene la característica de ser bilateral o, dicho en otros términos es por principio consensual, a los contratos bilaterales también se les suele llamar contratos sinalagmáticos, siendo su característica que para la existencia del contrato como tal, se requiere el consentimiento o acuerdo de voluntades de ambas partes sobre el mismo objeto. “El consentimiento constituye la base esencial del contrato, ya que éste existe cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común. La voluntad de cada una de ellas es un acto unilateral, pero el consentimiento, que representa el concurso o la unión de esas voluntades individuales, es ya un acto bilateral.”¹⁴⁷

En esta declaración de voluntad es donde juega papel fundamental la capacidad del particular y la competencia de la entidad estatal contratante para celebrar contratos, porque dicha declaración de voluntad corresponde tanto a la entidad como al contratista y en ambos casos debe encontrarse libre de vicio y atendiendo a la Constitución Política y a la ley.

2.7.4.5 Causa o finalidad

En este punto, la doctrina tiene sus discrepancias, porque algunos sostienen la tesis que entre la palabra causa y la palabra finalidad existen palpables diferencias. Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que no hay distinción alguna cuando definen la causa como el motivo o la razón de ser que conduce a la celebración del contrato.

¹⁴⁷ Ibíd. p. 138

Dado el alcance del tema pretendido en este trabajo, y sin caer en profundas reflexiones propias de otros estudios, los dos términos van a ser utilizados de manera indistinta, así el maestro argentino MANUEL MARÍA DIEZ¹⁴⁸ al referirse a la causa o finalidad argumenta: “(...) *convendrá reservar la noción de causa en el contrato administrativo, a la idea del fin perseguido por el órgano administrativo al realizar el acto o contrato.*”

Pero independiente de todo, algo que debe quedar claro, en cuanto a la causa o finalidad de la contratación: la entidad estatal, siempre ha de implicar la presencia del interés público o de bienestar general o colectivo. Por otro lado, el contratista persigue intereses lucrativos, sin llegar a desatender su condición de “colaborador” del Estado para el logro de los fines propuestos, estando todo enmarcado dentro de las funciones sociales que debe acatar tanto una parte como la otra.

Una causa ilícita en la contratación, sería aquella que desconozca los intereses colectivos y obedezca solo a motivaciones de índole político o personal, desconociendo completamente las razones legales o lícitas que determinan la contratación estatal y la finalidad social con ella perseguida.

2.7.4.6 Procedimiento

“Se tendrán en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.” (Ley 80 de 1993, art., 25, num. 3°).

La administración pública, en términos generales se encuentra sometida al principio de legalidad, luego toda actuación por parte del representante legal y los servidores públicos de las entidades contratantes e incluso por sus contratistas, debe dirigirse al cumplimiento de los procedimientos predeterminados como son: actos de trámite, formalidades y requisitos. Esto, con el fin que el contrato estatal exista legalmente, o dicho en términos jurídicos, para que el acto goce de validez y de eficacia.

Es de recalcar que estas formalidades, requisitos y trámites que contemplan las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias han de observarse, acatarse y cumplirse durante todas las etapas del proceso: precontractual, contractual y postcontractual.

2.7.4.7 Forma

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 139

Para que el contrato estatal exista legalmente debe formalizarse administrativamente como lo dispone la ley o el reglamento, o sea, debe celebrarse acatándose las formas preestablecidas que lo doten de autenticidad y legalidad.

Una aclaración muy pertinente hace el tratadista SOLANO SIERRA¹⁴⁹ cuando afirma: *“metodológicamente no deben fundirse las formalidades del contrato con su forma, pero están en una íntima relación vinculante. Las formalidades están constituidas por el procedimiento que debe cumplirse a través de sus etapas precontractual, contractual y postcontractual. La forma, como elemento esencial, es el requisito que lleva a la instrumentación del acuerdo de las partes, o en palabras del maestro ROBERTO DROMI: se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.”*

De conformidad con el artículo 39 de la ley 80 de 1993 y con la doctrina, los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito (forma) y, lógicamente deben ser suscritos por las partes, dotadas de capacidad por el lado del particular y de competencia por medio del ente estatal contratante. A lo anterior, se agrega que no existen contratos estatales verbales, ya que para evitar eso, existen los medios formales a través de los cuales ha de obrarse.

De otro lado, y también con fundamento en la inexistencia de la contratación verbal, se puede afirmar que los contratos que realice la administración pública, de todas maneras están precedidos de condiciones escritas. Según el estatuto general, y teniendo en cuenta las modalidades de contratación, se encuentran las siguientes exigencias:

Los que están sujetos al factor cuantía en sus valores, medidos en salarios mínimos legales de acuerdo con el presupuesto de la entidad.

Contratos con formalidades plenas: de conformidad con el inciso 1º del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (Decreto reglamentario de la Ley 80), *“(…) se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen además las cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 (…)”*.

Abarcando aquellos contratos que en razón de la menor cuantía (Ley 80 de 1993, art. 24, num. 1º, literal a) deban celebrarse por contratación directa o una vez agotado el procedimiento de licitación o concurso.

Contratos sin formalidades plenas: antiguamente llamados simplificados o informales. Según lo dispone el Estatuto Contractual en su artículo 39, estos contratos no requieren de

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 149

formalidades plenas. Basta con elaborar un documento con estipulaciones mínimas que tiendan a hacer constar el objeto contractual, la contraprestación y demás aspectos relacionados con su debida ejecución. Cabe destacar, que este tipo de contratos lo único que hacen es disminuir los requisitos, pero sin llegar desconocer los principios legales que le son inherentes para que se ajusten al ordenamiento positivo.

Los de urgencia manifiesta: *“En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 que no permitan la suscripción de contrato, se prescindirá de éste y aun del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.”* (Ley 80 de 1993, art., 41, inc. 4º).

Como se puede leer en los párrafos anteriores, la urgencia manifiesta es una excepcional manera de contratación, por el hecho de que exista contrato sin suscribirse y además sin previo acuerdo del precio (remuneración). Debido a lo anterior existen autores que denominan a este particular caso como “contrato verbal”, al igual que en muchas otras situaciones, hay otro sector que no comparte esta opinión y la refutan, por ejemplo con la frase de la misma ley que dice: *“(…) deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida (...)”*, a lo que agregan que de aquí puede leerse que de una u otra forma está documentada la voluntad de la administración¹⁵⁰. Ahora bien, dado el alcance de esta obra solo se expone la situación, sin llegar a inferir ninguna postura en especial.

Contratos que requieren escritura pública: *“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública (...)”* (Ley 80 de 1993, art., 39, inc. 1º). Esta es la regla general, pero mas adelante la misma ley dice que *“(…) con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplirse con dicha formalidad.”* Contratos estos últimos que no son considerados en este estudio.

2.7.4.8 Contenido

Para que el contrato sea elevado a escrito, requiere de la concreción de los acuerdos, estipulaciones y demás cláusulas que fijan los derechos, prerrogativas y obligaciones de las partes. El contenido del contrato estatal debe estar conforme a lo ordenado en la ley contractual, civil, comercial y las propias de la contratación administrativa; igualmente, a lo señalado en las normas reglamentarias. Así mismo, el contrato debe contener las estipulaciones necesarias, convenientes y ajustadas al ordenamiento positivo que acuerden voluntariamente las partes, como también las cláusulas excepcionales al derecho civil, generando derechos, obligaciones y responsabilidades recíprocas. (Ley 80 de 1993, arts., 13, inc. 1º y 40).

¹⁵⁰ *Ibíd.* p. 150-154

En opinión del maestro SAYAGUES LASO¹⁵¹ en los contratos de la administración pública existe la parte natural, la implícita y la eventual. Partes que a continuación se denominan y reseñan:

2.7.4.8.1 Parte natural

Integrada por las estipulaciones concurrentes que de acuerdo a las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley 80 de 1993, correspondan a su naturaleza y esencia. (Ley 80 de 1993, art., 40, inc. 1°).

También resulta natural –*dice el autor*- pactar la revisión periódica de precios y la relativa a intereses de mora, para el evento de que la administración no pague oportunamente.

Del estatuto general de contratación se desprende que, como las cláusulas sobre multa y penal pecuniaria no se les confiere el carácter de obligatorias, por serles corrientes al contrato, luego éstas se pueden pactar gracias al principio de la autonomía de la voluntad.

2.7.4.8.2 Parte obligatoria

Existen cláusulas obligatorias que deben contener los contratos estatales por su finalidad y otras condiciones que establece la ley. Desde este punto de vista, se integrarán al contrato las cláusulas excepcionales que según su tipo y naturaleza, le sean pertinentes. Recordando que dichas cláusulas se entenderán pactadas aunque no se consignen expresamente. (Ley 80 de 1993, art., 14, num. 2°).

De otro lado, como está prohibido suscribir contratos que no tengan la apropiación presupuestal correspondiente, debe incluirse en el contrato la cláusula donde conste la existencia del rubro, partida o disponibilidad presupuestal sobre la cual caerá el pago, los ajustes y los costos imprevistos. (Ley 80 de 1993, arts., 25, num. 6°; 13 y 14).

Además, es obligatoria la cláusula de garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del vínculo contractual, como lo dispone el estatuto de contratación (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 19°). Hay que destacar que no es ni obligatoria ni natural esta cláusula para los contratos de empréstito, Interadministrativos y en los de seguro. También ha de incluirse, -casi con carácter obligatorio-, la cláusula compromisoria, para hacer posible la solución de las diferencias que surjan con motivo de la celebración, ejecución o liquidación del contrato.

2.7.4.8.3 Parte eventual

¹⁵¹ *Ibíd.* p. 147

Hace referencia a las estipulaciones acordadas de acuerdo a la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren imprescindibles y convenientes, siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley, el orden público ni a los principios y finalidades de la contratación estatal y a los de la buena administración. (Ley 80 de 1993, art. 40, numerales. 2º y 3º).

2.7.5 Contratistas del Estado

“Tanto las personas naturales como jurídicas, tienen en principio plena capacidad para contratar con las entidades estatales. La incapacidad es la excepción.”¹⁵²

Al anterior tipo de capacidad se le llama OBJETIVA, y es la que poseen todas las personas por el solo hecho de ser personas y por lo tanto portadores de los derechos otorgados por la Constitución y las Leyes. La contrapartida, por así decirlo, de ésta capacidad es la INHABILIDAD, término éste último, que el mismo autor define de una manera mucho más amplia de cómo se describe de corriente en la doctrina, incluso de como lo describe el mismo Estatuto Contractual. Así, una persona está inhabilitada para contratar con el Estado debido a diversos factores, a saber¹⁵³:

- *“El carecer de las condiciones o requisitos sustanciales exigidos por la entidad contratante.*
- *”Estar impedido o incapacitado por disposición de autoridad o de la Ley para ejercer el comercio.*
- *”Para el caso de personas jurídicas, no comprender su objeto social las labores o actividades de que trata el motivo del respectivo contrato.*
- *”No tener los conocimientos o experiencia inherentes al objeto contractual.*
- *”Estar incurso en las causales específicas de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley o Estatuto de contratación.”*

Existen dos clases de inhabilidad, una es la inhabilidad de la oferta y otra la inhabilidad del oferente. La diferencia en el manejo de estas dos clases, se presenta debido a que si proviene del oferente, el funcionario competente debe señalarlo así en la evaluación y por razones de economía administrativa abstenerse de efectuar la evaluación de la oferta presentada.

Ahora bien, cuando se trata de inhabilidad de la oferta, que por lo general es cuando ésta no llena los requisitos o condiciones del pliego respectivo, la evaluación debe hacerse completamente, según se estipula en el actual Estatuto de contratación administrativa

¹⁵² BAUTISTA MOLLER, Pedro José. Licitaciones, Contratos y Sanciones. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999. p. 12.

¹⁵³ *Ibíd.* p. 12-13

(Ley 80/93, art., 30, num. 7º y 8º) y debido a esa evaluación es que se obtiene el veredicto emitido por la entidad contratante de manera independiente en cada una de las áreas: técnica, económica y jurídica¹⁵⁴.

2.7.6 Consorcios

Tal y como se encuentran las leyes hoy día en Colombia, es posible que surjan agrupaciones empresarias para presentar propuestas y celebrarse contratos con las entidades estatales, esto en atención a las exigencias de la economía de mercado o a la complejidad de muchas de las obras de infraestructura que el Estado debe atender y para lo cual recurre a los particulares con la modalidad de la contratación pública.

Es así como el estatuto Contractual ofrece tres modalidades de colaboración como son: los consorcios, las uniones temporales y las sociedades de empresa. Con estas modalidades los proponentes pueden aunar sus esfuerzos, recursos o aptitudes, para cumplir con el objeto del contrato de manera mas eficiente, que separadamente, o no podrían emprender, o lo podrían realizar pero a costos y riesgos muy altos, con el peligro para la entidad estatal y la comunidad en general de que estos trabajos se presenten con una mediana calidad o sencillamente no se culminen una vez empezados.

Entrando más en materia, se describe la modalidad de consorcio o *joint venture*, como también se le conoce a nivel mundial:

Para la Ley 80 de 1993 (art. 7, num. 1º), la figura del consorcio surge cuando “*dos o mas personas presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...)*”. El mismo artículo también señala la manera en que estos consorciados o integrantes responden. “*(...) Las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman.*”

Entendiendo así, que la responsabilidad de los miembros de un consorcio se inicia desde el mismo momento en que se presenta la oferta, extendiéndose a la celebración, ejecución y liquidación del contrato. Esto, sin llegar a entender que el hecho de presentar una misma propuesta dos o mas personas necesariamente da lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, porque los integrantes del consorcio conservan la propia identidad de persona natural o de persona jurídica, que poseían antes de consorciarse, cosa que no ocurre por ejemplo en las sociedades. Otro aspecto de interés sobre los consorcios es que estos tienen una duración transitoria, encontrándose limitada al tiempo que sea necesario para presentación de la propuesta y la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

¹⁵⁴ Ibíd. p. 13

Si bien es cierto, los miembros de un consorcio conservan su individualidad jurídica y su autonomía, ello no significa que esta agrupación empresaria actué en forma desordenada y caótica. En el acto formal de constitución del acuerdo consorcial, los miembros de la unión deben señalar unas reglas básicas que regulen sus relaciones y designar una persona que represente al consorcio para todos los efectos (Ley 80 de 1993, art., 7). De esta manera, los interesados le otorgan al consorcio una organización propia para el desarrollo del proyecto de interés público, con un gerente o representante que le imprima una unidad de dirección y de decisiones en común, y con un control de gestión y de cuentas que permita supervisar el desarrollo regular de todas las actividades realizadas por la agrupación¹⁵⁵.

Los siguientes casos que presenta el tratadista BAUTISTA MOLLER¹⁵⁶ dan una mayor claridad al tema expuesto:

“Por ficción de la Ley, los consorciados constituyen una unidad ante la entidad contratante, de tal suerte que lo ejecutado por uno de ellos reporta beneficios o aprovecha a todos los consorciados por igual, en la misma forma que las omisiones y ejecuciones deficientes o extemporáneas les producirá perjuicio. A título de ejemplo, la ejecución defectuosa, incompleta o inadecuada del objeto contractual habilita a la entidad contratante para exigir a uno o a todos los miembros la reparación o repetición de la parte deficiente, o a la ejecución de lo que falte, so pena de hacer efectiva la garantía constituida y de aplicar las sanciones previstas. En el caso de la caducidad decretada contra un consorcio, la decisión perjudica a los integrantes de éste sin que, de conformidad con la ley 80 de 1993, sea posible la individualización de efectos o sanciones por cuanto no es de la esencia de ésta forma de asociación preestablecer y delimitar las obligaciones de cada uno de ellos. Todos los consorciados quedan inhabilitados por el término que señale la providencia, no importa que dentro del consorcio sólo uno de ellos sea el responsable exclusivo de los hechos que generaron la determinación, situación que se presenta en forma contraria cuando se trata de uniones temporales.”

La solidaridad a que hace referencia la Ley 80 de 1993, es un término jurídico de suma importancia para el correcto entendimiento del concepto de consorcio, ya que ésta se contrae es por mandato de la ley y no por un acuerdo entre las partes. La solidaridad en la contratación consiste en que las responsabilidades de las personas sin importar que sean naturales o jurídicas y que forman el consorcio no se puede dividir, luego, las obligaciones se consideran cumplidas o incumplidas del consorcio como tal y no de ésta o aquella persona que lo conforma.

Valga aclarar, que aunque la responsabilidad es solidaria no implica necesariamente que también sea ILIMITADA, como se podría llegar a pensar. En los consorcios cada persona jurídica conserva su régimen legal correspondiente al tipo de sociedad que se poseía antes

¹⁵⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 135

¹⁵⁶ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p. 30

de consorciarse. Como explica el maestro BAUTISTA MOLLER¹⁵⁷ al citar como ejemplo el caso en el cual dentro de los consorciados actúa una sociedad colectiva y una limitada, esta última responde por las obligaciones adquiridas en desarrollo del contrato sólo hasta el monto de su “capacidad económica”, para el caso en que este resulte corto para pagar la deuda contraída, no se le puede exigir a los socios que respondan por el valor en exceso. Caso contrario ocurre con la sociedad colectiva, donde si es posible por vía legal exigirle a sus socios por el valor en exceso. Caso éste último que también se presenta cuando una persona natural es parte de un consorcio, éstos responden por las obligaciones adquiridas del consorcio en forma solidaria e ilimitada.

2.7.7 Uniones temporales

La unión temporal es una figura muy similar a la del consorcio, pero con una fundamental y específica diferencia: *“la posibilidad de que quienes la integran determinan cual debe ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado (...)”* (Ley 80/93, art., 7).

Es importante y de hecho necesario saber cual es el alcance de cada miembro, ya que en la unión temporal contrario a los consorcios, se sanciona de manera individual en proporción a la participación de cada uno en los hechos u omisiones que generaron la falta. Pero esta individualización para las sanciones no debe causar confusión cuando la Ley 80 dicta que al igual que en los consorcios, los miembros de las uniones temporales, también deben responder de manera solidaria. Esto lo explica el tratadista BAUTISTA MOLLER¹⁵⁸ de la siguiente manera:

“tratándose de la uniones temporales, el legislador mantuvo la solidaridad para efectos del cumplimiento, esto es, para poder exigir o reclamar a cualquiera o a todos los miembros de la unión temporal el cumplimiento de las obligaciones y el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar. Pero simultáneamente consagró la individualidad en materia de sanciones, lo cual se traduce en que hay lugar a sancionar solo en la medida y proporción a la participación en los hechos u omisiones que originan la aplicación de la sanción.”

Se agrega a manera de complemento sobre el tema de la responsabilidad en las uniones temporales, la opinión del maestro ESCOBAR GIL¹⁵⁹ quien al respecto infiere:

“No puede concebirse el incumplimiento de un miembro de la asociación, y el cumplimiento del otro. La responsabilidad solidaria que caracteriza la unión temporal, implica que solo pueda concebirse el cumplimiento o el incumplimiento. El punto medio no es posible. No obstante, la naturaleza de esta modalidad de colaboración empresarial,

¹⁵⁷ Ibíd. p. 54-55

¹⁵⁸ Ibíd. p. 34

¹⁵⁹ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 138

permite determinar fácilmente el sujeto al que se le puede imputar el incumplimiento, con el fin exclusivo que la entidad pública pueda imponer las sanciones consagradas en el ordenamiento positivo.”

Por lo general este modo de asociación se usa cuando un contrato va a ser realizado por personas con diferentes especialidades, de tal manera que la responsabilidad de cada uno de ellos se puede fácilmente diferenciar y por consiguiente individualizar las sanciones. A manera de ejemplo, cuando se presenta una oferta entre ingenieros civiles e ingenieros electrónicos, donde el objeto del contrato es el diseño y construcción de un edificio inteligente que funcione para las empresas públicas de una determinada ciudad. Aquí se notan claramente diferenciadas disciplinas propias y específicas de dos clases diferentes de ingenierías: ESTRUCTURAL Y ELECTRÓNICA.

Pero, las uniones temporales no solamente se presentan entre personas de disciplinas diferentes, también se da el caso de profesionales de una misma rama pero con responsabilidades diferentes en un mismo proyecto, *“así, por ejemplo, si se agrupan dos contratistas [ingenieros civiles] para la construcción de un edificio, obligándose uno a ejecutar la estructura y el otro los acabados, en caso que se configure un incumplimiento del contratista responsable de la estructura, solo a éste se le pueden imponer las sanciones, y no al otro, y viceversa.”*¹⁶⁰

2.7.8 Sociedades de empresa

Este caso es muy común en los contratos de obra pública de concesión, dado el largo tiempo de ejecución y las grandes sumas de dinero que se involucran en el mismo, por lo regular opera la figura de promesa de asociación futura en la que los participantes en el proceso de licitación someten a condición la adjudicación, condición que consiste en crear una sociedad que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para realizar la obra en el “evento de resultar favorecidos en el proceso licitatorio”. Para tal efecto deberán presentar con la propuesta un documento *–promesa de contrato de sociedad–* en el que los interesados manifiesten su intención de formar parte de la asociación propuesta, cuyo perfeccionamiento se sujetará, como se dijo antes, a la condición de adjudicación del contrato.

En el evento de conformarse una sociedad en cualquiera de las formas previstas en la ley con el único objeto de presentar la oferta, celebrar y ejecutar el contrato con el Estado, o de presentar la oferta bajo la figura de *promesa de contrato de sociedad* sujeta a la condición de adjudicación, la responsabilidad de la misma y sus efectos serán los previstos en la ley 80 para los *consorcios*, esto es, responderán solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato; y las actuaciones, hechos u omisiones

¹⁶⁰ *Ibíd.* p. 136

que se presenten en desarrollo de aquélla y de éste afectarán a todos los miembros que la integren.

2.7.9 Etapas en el proceso de contratación estatal

2.7.9.1 Etapa precontractual

También se le conoce como etapa previa, preparatoria o de formación de los contratos administrativos. Las formalidades típicas que se anteceden a la celebración de los contratos, lo que buscan en primer lugar es asegurar la legalidad, moralidad y conveniencia del acto contractual, así como dar concurrencia de las ofertas más ventajosas para la entidad estatal contratante.

Etapa esta, en la cual los pliegos de condiciones se elaboran y siguiendo los lineamientos anteriores se establecen reglas que permiten seleccionar al contratista que formule la propuesta más favorable para la entidad.

Siguiendo a la ley general y a la doctrina, en esta etapa concurren¹⁶¹:

2.7.9.1.1 Formación de la voluntad administrativa

- a. **PLANEACION:** Con antelación al procedimiento de selección (licitación) o de la firma del contrato (contratación directa), según el caso: la conveniencia, oportunidad o inconveniencia del objeto a contratar; su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones; y las autorizaciones y apropiaciones para realizarlo (Ley 80 de 1993, arts., 25, num. 7° y 30, num. 1°, inc. 2°); elaboración de los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (Ley 80 de 1993, arts. 24, num. 5°; 25, num. 12 y 30, num. 2°), y para elaborarse contratos de obra, se debe agregar estudio sobre impacto ambiental (Ley 99 de 1993; Decreto 1753 de 1994).
- b. **DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL:** *“Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciaran procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.”* (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 6°)

El principio de legalidad del gasto que se encuentra consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política, impone que tanto la celebración como el perfeccionamiento de los contratos estatales, así como su modificación unilateral por parte de la entidad contratante, se condicionan a la previa obtención del certificado de disponibilidad presupuestal, so pena de incurrir en nulidad por violación de las normas del Derecho Presupuestario.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 334

2.7.9.1.2 Identificación del objeto de la licitación

Será necesario que en los pliegos de condiciones y términos de referencia se indique en forma clara y completa las obras, los servicios o los bienes licitados, aunque esto técnicamente no debería presentar problema alguno para la entidad estatal, ya que éstos tienen la obligación de elaborar previamente los estudios necesarios para la celebración del contrato. Así pues, los pliegos de condiciones deben contener una parte esencialmente técnica, en la que se describan minuciosamente las cantidades, calidades y características de las prestaciones que solicita la administración. *“Este requisito reviste la mayor importancia, puesto que solo serán admisibles las propuestas que ofrezcan el objeto solicitado por el ente licitante, debiéndose rechazar las demás, por no ser idóneas para la satisfacción de las necesidades públicas.”*¹⁶²

2.7.9.1.3 Delimitación de los proponentes

Con esta medida básicamente lo que busca la administración es que concurren aquellas personas que reúnan una serie de calidades específicas como experiencia, capacidad técnica y solvencia económica. Juega papel importante la información que se tenga de los proponentes en la clasificación y calificación del registro único de proponentes. Así, las calidades exigidas a los concursantes guardan proporción con el objeto licitado gracias a la delimitación previamente establecida por la administración.

Si la administración llegase a establecer condiciones para licitar, que no obedezcan a un fundamento serio y razonable, constituye un desvío de poder¹⁶³ y un desconocimiento del principio de concurrencia, con serias consecuencias jurídicas para la entidad estatal y para los funcionarios públicos responsables.

2.7.9.1.4 Fijación de las condiciones de las propuestas

Es responsabilidad de la administración especificar previamente en los términos de referencia o pliegos de condiciones todos los requisitos y documentos que deben presentar los participantes con sus propuestas. Como es sabido, en atención a los principios de celeridad y economía, la entidad contratante solo podrá solicitar los documentos que sean estrictamente necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y no aquellos que en nada definan o no tengan relación alguna con la licitación en curso.

De atenderse las disposiciones anteriores a término medio o no atenderse en absoluto, se estaría atentando contra el principio de la buena fe que rige la celebración de los contratos estatales, así un atentado directo contra los postulados de eficacia, eficiencia y economía de

¹⁶² *Ibíd.* p. 75

¹⁶³ *Ibíd.* p. 76

la función administrativa, reflejándose las consecuencias de estas actuaciones contrarias al derecho sobre los mismos concursantes que desean participar en dicho proceso y con las posteriores consecuencias jurídicas que se desatan contra la entidad contratante.

La jurisprudencia¹⁶⁴ ha analizado la aplicación del principio de la buena fe en los contratos; señalando por ejemplo que:

“La buena fe exige un comportamiento acorde con la obligación que asume cada una de las partes; ella no es una regla exclusiva de la Administración. El proponente también debe acatarla en la elaboración de su oferta, so pena de que al presentar una propuesta, incompleta, confusa, ambivalente, artificial, etc., sea descalificada, lo que ocurriría por ejemplo con quienes formulen propuestas en condiciones económicas artificialmente bajas, o que se basen en información no verídica, o que oculten las prohibiciones o causales de inhabilidad o incompatibilidad en que estén incursos, dando lugar al fracaso de la contratación (...) Debe, por tanto, abstenerse de suministrar datos inexactos o desfigurados para obtener una adjudicación. Toda actuación fraudulenta le acarreará las sanciones económicas y personales, en cuanto con ellas se afecte a la Entidad o a quienes intervienen en la contratación, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 80 de 1993.”

Asimismo, le corresponde a la administración poner tales hechos en conocimiento de las autoridades administrativas o la justicia penal, si a ello hubiere lugar y, tomar las acciones pertinentes para que se impongan las sanciones que señale la ley, como cuando se trate del suministro de información falsa a las Cámaras de Comercio con ocasión del registro de proponentes, en cuyo caso y como se verá mas adelante en este mismo capítulo, si se demuestra la presentación de mala fe de información o documentos, además de la cancelación del registro, el afectado queda inhabilitado para contratar con el Estado por un término de diez años.

2.7.9.1.5 Criterios de selección

La transparencia de la selección del contratista solo se garantiza con la indicación expresa y precisa de los criterios de evaluación y su ponderación precisa y detallada en los pliegos de condiciones o términos de referencia. El artículo 30 numeral 2º de la Ley 80 de 1993 dispone al respecto que la entidad en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deberá detallar *“la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección.”*

En este sentido, los criterios de selección, son aquellos aspectos de las propuestas con base en los cuales se obtendrá el resultado de la evaluación, entre ellos cabe citar: precio, plazo, calidad, experiencia, cumplimiento de contratos anteriores, organización disponibilidad de equipos, capacidad económica y financiera etc. Que ponderados según disposición de la

¹⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1373. Septiembre 14, 2001.
Consejero Ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH. Actor: Ministro de Justicia.

administración para cada licitación en particular, permiten determinar la propuesta más favorable para el proceso licitatorio.

Es de destacar, que los criterios de ponderación para licitaciones diferentes, incluso de la misma entidad contratante no tienen necesariamente porque ser iguales. Así lo dispone la ley, al permitir a criterio del ente público la manera como debe seleccionar, teniendo en cuenta que cada licitación representa necesidades diferentes en circunstancias diferentes y que por tal motivo se le sale de las manos al legislador llegar tan lejos como para estandarizar en un solo modelo la manera de ponderar dichos factores.

2.7.9.1.6 Procedimiento de adjudicación

La ley con carácter imperativo señala el conjunto de actos que integran el procedimiento licitatorio, tales como la apertura y cierre de la licitación, evaluación de las propuestas, plazo de adjudicación y plazo de celebración del contrato por parte del ente licitante y el adjudicatario, entre otros.

Como señala el tratadista ESCOBAR GIL¹⁶⁵ al referirse a los procedimientos de adjudicación: *“En los pliegos de condiciones se reglamentará el conjunto de actos que deben ser observados por la entidad pública y los licitantes para la selección del contratista y las distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar para alcanzar este efecto jurídico.”* Explicando luego de manera detallada en que consiste cada una de dichas circunstancias:

- Requisitos de tiempo

En el trámite de la licitación pública es necesario que los distintos actos de la administración o de los particulares se realicen dentro de determinados plazos, que se fijan expresamente en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

El principio de economía que rige la función administrativa implica que dichos plazos tengan un carácter preclusivo y perentorio, garantizando con esto que las etapas del proceso se ejecuten en los términos indicados por la ley o por los pliegos de condiciones, y de realizarse en otros tiempos diferentes a los expresamente consignados, cabe el riesgo que se desaten consecuencias jurídicas contra dicha entidad.

- Requisitos de forma

¹⁶⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 81-82

Consiste en la observancia de un conjunto de ritualidades consagradas previamente en la ley o en los pliegos de condiciones, de obligatorio cumplimiento para la entidad contratante.

De esta manera, en los pliegos se señalará el modo como se desarrollará la apertura y cierre de la licitación, la evaluación de las propuestas, las observaciones de los oferentes, la adjudicación y la firma del contrato, etc. El no acatamiento o el acatamiento indebido de estas formalidades tiene relevancia jurídica, privando de efectos jurídicos como validez y existencia al acto.

- Requisitos de lugar

Asimismo, en los pliegos de condiciones deben referirse al lugar en que deben producirse determinados actos de la licitación. Por ejemplo, se tendrá que indicar expresamente el lugar y sitio en que se abra y cierre la licitación, o donde se podrá consultar el informe evaluativo y examinar las propuestas de los licitantes, o donde se efectuarán las diligencias y audiencias que sean necesarias.

2.7.9.2 Etapa contractual

En esta etapa es donde empiezan a surgir las obligaciones de los sujetos del contrato. Va desde la notificación de la adjudicación (que obliga a la entidad y al adjudicatario), la aceptación por parte del proponente seleccionado, la elaboración y suscripción del contrato, hasta el vencimiento del término de éste.

Sobre esta etapa la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶⁶ se pronunciado así:

“En la etapa contractual, o sea <<durante la ejecución del contrato>>, las competencias de la Administración son las más amplias. Por tanto, tienen lugar las que permiten la interpretación, modificación y terminación unilateral (arts. 15, 16 y 17, ley 80/93), incluida la modalidad mas importante, la caducidad (art. 18, ibídem), también son pertinentes los poderes sancionatorios de la llamada cláusula penal y las multas, lo mismo el que le permite hacer efectivas las garantía (...)”

La fase contractual de la contratación involucra¹⁶⁷:

2.7.9.2.1 Perfeccionamiento

¹⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000.

Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del interior.

¹⁶⁷ SOLANO SIERRA, Op. cit., p. 145-146

“El contrato estatal se perfecciona cuando se logre acuerdo entre la entidad estatal y el particular sobre el objeto y la contraprestación y éste se leve a escrito.” (Ley 80 de 1993, art. 41, inc. 1º). Con el perfeccionamiento del contrato se determinan los efectos jurídicos de éste. La noción de contrato perfeccionado involucra su ejecución, como también el régimen de nulidades, estatuido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Con respecto al perfeccionamiento de los contratos estatales el Consejo de Estado¹⁶⁸ ha señalado:

*“El estatuto orgánico de presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996, contiene varios preceptos aplicables a la contratación estatal. De acuerdo con el artículo 71 todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar previamente con **certificados de disponibilidad** que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender los respectivos gastos. Dichos compromisos deben contar igualmente con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.”* (Negrillas de la sala)

Así a modo de conclusión, según el Consejo de Estado la ley 80 de 1993 precisó que *“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito”* (Art. 41) y los requisitos como - aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes – son parte de los requisitos para su ejecución (Ley 80 de 1993, art. 41, inciso 2º) salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. Todo lo anterior significa, que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho.”

2.7.9.2.2 Otorgamiento de la garantía única

Garantía única que se otorga por el contratista para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Este es un documento que le proporciona más tranquilidad a la administración en el momento de ejecutar el negocio jurídico. (Ley 80 de 1993, art. 25, num. 19º).

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶⁹ sobre la garantía única se ha pronunciado como sigue:

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, julio 13, 2000; consejero ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, radicación número 12513. Actor: ELKIN DE JESÚS BOZON PEREZ.

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, octubre 12, 2000; consejero ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, radicación número 18604. Actor: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ (SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS).

*“En efecto: La ley 80 de 1993: Autoriza, para los efectos referidos, que el contratista de la Administración prestará **garantía única**, es decir que deberá trasladar los riesgos antes indicados a un tercero (inc. 1 numeral 19 art. 25). Exige que la garantía única prestada por el contratista deba ser aprobada por la Administración contratante (inc. 1 art. 41 ibídem y arts. 17 y 18 del decreto reglamentario 679 de 1994). Por tanto cuando la Administración aprueba la garantía prestada por su contratista significa que cuando en el futuro acontezca el riesgo asegurado y ella reconozca en acto administrativo la existencia del siniestro podrá exigir al asegurador, quien asumió los riesgos trasladados por el contratista de la Administración, la indemnización hasta el monto asegurado. (...) Otro punto a estudiar es el concerniente a ¿Cuándo nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador? Es decir: ¿A partir de cuándo es exigible por la Administración al Asegurador el pago de la acreencia? Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme. Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho). Por lo tanto, cuando el Estado reconoce, en acto administrativo, la existencia del siniestro de estabilidad de obra o de otros de carácter contractual en contra del asegurador puede concluirse que el crédito a favor de la Administración sí tiene fuente en el contrato estatal, pues, de una parte, el siniestro que debe indemnizar el Asegurador es el reconocido por la Administración y, de otra, la causa del acaecimiento del riesgo asegurado no es nada menos que el incumplimiento del contratista Estatal.”*

2.7.9.2.3 Pago de impuestos

Debido a que los contratos estatales están sometidos a impuestos de timbre (según su monto), así como a retenciones en la fuente e IVA según la clase de contrato.

2.7.9.2.4 Publicidad

Pago de los derechos a la publicación del contrato en el Diario o Gaceta Oficial de dicho órgano oficial correspondiente una vez perfeccionado el contrato, esto con el fin de que permita a la comunidad conocer su contenido. (Ley 80 de 1993, art. 41, parágrafo 3°).

2.7.9.2.5 Ejecución del contrato

Una vez perfeccionado el contrato, se da comienzo a la ejecución del mismo, teniendo también como requisito por parte del contratista la aprobación de la garantía única y de la entidad contratante se requiere la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes. (Ley 80 de 1993, art., 41).

2.7.9.3 Etapa postcontractual

Fase que comprende desde la expedición del término del contrato hasta que quede en firme su liquidación, presentándose para ésta dos posibilidades: la terminación normal o la terminación anormal del contrato. Para el primer caso, la liquidación se produce acordada por las partes y para el segundo se procede a liquidar de manera unilateral por parte de la administración, esto se hace en atención de las cláusulas excepcionales que posee la administración como garantía de protección del interés público.

Finalmente, la etapa postcontractual, tiene lugar una vez practicada la liquidación, o vencido el plazo para haberla efectuado de común acuerdo, o unilateralmente por la Administración; en esta etapa la entidad queda despojada de potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser solucionado por el juez del contrato, esto es, la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

2.7.9.3.1 Terminación normal del contrato

Ella se realiza con el cumplimiento de las obligaciones y por el vencimiento del término pactado; en el contrato de obras públicas las hipótesis de cumplimiento vienen con la recepción definitiva de las obras y que éstas se hayan efectuado conforme a lo estipulado en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia.

2.7.9.3.2 Terminación anormal del contrato

Puede producirse por los factores que coloca la ley para la declaración de caducidad (incumplimiento del contratista), por terminación unilateral fundada en el interés público, por nulidad del contrato, por mutuo consentimiento, por fuerza mayor o rescisión declarada por el juez a solicitud del contratista. Igualmente puede provenir de la terminación del objeto, verbigracia, Guerra o cataclismo. Siempre se plantea la inquietud de si existe o no la indemnización, inquietud que tiene respuesta diferente según sea la causa que lleva al rompimiento del vínculo.

También se presenta el caso de las nulidades relativas y absolutas, delante de ciertas causales el jefe o representante legal de la entidad debe dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar la liquidación del mismo en el estado en que se encuentre. (Ley 80 de 1993, art., 45).

2.7.10 Cláusulas excepcionales de los contratos estatales¹⁷⁰

El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales al derecho común y básicamente se consideran como tales:

¹⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del interior.

- La interpretación unilateral,
- La modificación unilateral, y
- La terminación unilateral de los contratos,

También es incluida la declaratoria de caducidad; así como se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales, cláusula ésta última que anteriormente equivalía a la denominada “renuncia a la reclamación diplomática”. El sometimiento a las leyes nacionales, es mandato constitucional que las autoridades en un Estado social de derecho estén sometidas al ordenamiento jurídico y es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades (C.P., arts. 2 y 4).

La doctrina menciona otras cláusulas como “de privilegio” porque denotan “algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante”, pero no operan ni tendrán los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de “reversión” y la de “garantías”, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada. Además existe otro género de cláusulas, “las especiales” que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas “cláusulas penales pecuniarias”; finalmente cabe mencionar, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta. Puntos que serán tratados más adelante.

Ahora bien, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual en ejercicio de las facultades excepcionales o con ocasión de ella, conforme a disposición legal especial, están sometidos a condiciones que deben observarse y en tal medida puede manifestarse de tales condiciones la existencia de límites señalados expresamente por el legislador para su expedición, entre ellos: En cuanto a la oportunidad que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite “durante la ejecución del contrato”, es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional sólo para esa etapa. O, cuando prevé “dispondrá la terminación anticipada del contrato”, lo cual supone que éste no ha terminado; En relación con su finalidad, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la grave afectación o paralización del servicio a su cargo. En cuanto a los requisitos, la ley exige la concertación previa, pues la facultad unilateral sólo puede ejercitarse “*si no se logra acuerdo*”; “*si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo*”. Por consiguiente, es postulado necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de procesos que busquen inicialmente la aprobación de las partes.

Agrega la sala de consulta y servicio civil del honorable Consejo de Estado que los poderes administrativos se manifiestan en distintos momentos previos, durante la vigencia, y posteriores al contrato, así:

- **etapa precontractual** es anterior al contrato, durante ella se establece unilateralmente el pliego de condiciones o sus términos de referencia y la exigencia de garantías de cumplimiento de las ofertas, obligatorios para el oferente y para el garante;
- **etapa contractual**, esto es, a partir de la ejecutoria de la adjudicación del contrato o de su celebración, en los casos de contratación directa, hasta quedar en firme el acto de liquidación cuando ésta sea pertinente. El poder administrativo comprende en esta etapa, el **régimen excepcional contenido en las facultades de interpretación, modificación o terminación unilaterales**, puede también declararse la terminación por **caducidad**; es aplicable además, la terminación por nulidad absoluta, la liquidación unilateral del mismo, la imposición de multas y el cobro de la cláusula penal que estuvieren pactadas;
- **Postcontractual**, el contrato se entiende concluido y por tanto no habrá lugar a la aplicación de cláusulas excepcionales, tampoco a las sanciones salvo las decretadas en vigencia del contrato y en su liquidación; únicamente procede la efectividad de las garantías, en caso de ser exigibles.

2.7.10.1 Interpretación unilateral

Según la doctrina¹⁷¹ con este principio lo que se busca es *“evitar que las posibles divergencias entre la administración y el contratista puedan traducirse en un perjuicio para el interés público, como inevitablemente ocurriría si, producidas estas, hubiere de quedar en suspenso la ejecución de la obra o la prestación del servicio hasta tanto se resolviese en firme la controversia por el juez competente.”*

Con las medidas anteriores y evitando resolver las controversias ante el juez, lo que sucede es que se gana tiempo y se ahorra dinero necesarios para asegurar la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, mediante el otorgamiento de un poder jurídico a la administración pública para evitar la suspensión o parálisis de la construcción de obras, la prestación de servicios, o la entrega de los suministros y en general los sobrecostos económicos y los perjuicios que ésta situación ocasionaría para el interés público, por las diferencias de las partes en torno al sentido y alcance del contrato.

La decisión de la administración se fija con fuerza vinculante mediante la expedición de un acto administrativo, luego su contenido debe ser obligatoriamente acatado por el contratista. Es muy común en aquellos casos donde no existe claridad o exactitud, o han

¹⁷¹ VIDAL PERDOMO, 10 ed. Op. cit., p. 188

sido redactados en forma incompleta, ambigua o confusa los pliegos de condiciones, términos de referencia, la propuesta del contratista o la minuta del contrato. Finalmente vale decir, la ley le otorga derecho al contratista para solicitar la nulidad del acto administrativo ante el juez en caso de manifiesta violación de la ley, ahora bien, cuando se presentan las redacciones ambiguas, incompletas o inexactas el funcionario público responde ante la entidad estatal por los daños ocasionados a la entidad pública, al contratista o ambos¹⁷².

Sobre la interpretación unilateral expresa el Consejo de Estado¹⁷³:

“(...) En cuando a la materia, la facultad excepcional de la interpretación unilateral sólo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá como limitación que no podrá extenderse a materias sobre las cuales no tengan discrepancia las partes.”

Agregando mas adelante que *“(...) en cuando a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.”*

2.7.10.2 Terminación unilateral

La validez de los actos jurídicos, y particularmente de los contratos, está sometida a presupuestos y requisitos previstos por la ley (capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita), cuya falta puede incluso llegar a ser sancionada por el derecho, con el efecto jurídico de *nulidad del acto*, consistente en hacer desaparecer la relación que nació viciada por carecer de requisitos o formalidades esenciales, originando los restablecimientos a que haya lugar.

La jurisprudencia¹⁷⁴ en este respecto ha dicho que *“(...) si bien la nulidad, esto es, la declaratoria de pérdida de validez del contrato o de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional¹⁷⁵, como quiera que la ley ha radicado bajo la competencia del juez administrativo la decisión sobre la nulidad absoluta o relativa del contrato celebrado por las entidades estatales (Código Contencioso Administrativo artículos 87 y 136 numeral 10 letras e) y f)), el legislador ha impuesto a la administración el deber legal de dar por*

¹⁷² ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 339

¹⁷³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000.
Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del interior.

¹⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1230. Diciembre 1, 1999.
Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Actor: Ministro de transporte.

¹⁷⁵ “La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato (administrativo o civil) o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia”. (Sentencia del 10 de julio de 1990. Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp.5.782).

terminado el contrato estatal, según el artículo 45 inciso 2° de la ley 80, mediante acto administrativo debidamente motivado del jefe o representante legal de la entidad respectiva, cuando se presenten los hechos prefijados en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 44. Además, se ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre (...)”

Se torna importante distinguir entre la terminación del contrato derivada del ejercicio de la potestad sancionatoria resolutoria y la terminación del contrato por exigencias del servicio público. En el primer caso, se hace referencia a reacciones jurídicas contra malas conductas del contratista, técnicamente esto es: grave incumplimiento de las obligaciones del contratista imputable a título de culpa, que en otras palabras, es la *caducidad* del contrato. Pero ésta no es la única sanción resolutoria, también se tiene: la terminación unilateral por incapacidad financiera y la revocación del contrato por ilegitimad. Al respecto de la caducidad, es un tema que será tratado con mayor grado de detalle posteriormente en este mismo capítulo. Ahora bien, la terminación del contrato por exigencias del servicio público es otra forma de terminar el contrato, esto hace referencia sobre todo es a las condiciones cambiantes del orden público o social.

Según el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993, art. 17) la terminación unilateral del contrato se encuentra expresamente señalada cuando conceptúa que *“la entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

1°. “Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2°. “Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3°. “Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4°. “Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.”

Agregando más adelante el mismo artículo que “sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2° y 3° de éste artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.”

El Consejo de Estado¹⁷⁶ al tratar sobre la terminación unilateral se pronuncio así:

¹⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1230. Diciembre 1, 1999. Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Actor: Ministro de Transporte.

“Fuera de los eventos contenidos en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, se acude a la terminación unilateral cuando se presenta alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, que la ley prevé y a las que ya se ha hecho referencia (ley 80 de 1993 artículo 44 numerales 1º, 2º y 4º, y artículo 45 inciso 2º). En este caso, además de constituir un vicio de nulidad declarable por la autoridad judicial para desvirtuar la presunción de validez del acto jurídico contractual, se permite a la administración hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, utilizando la modalidad de la terminación unilateral, en ejercicio de sus poderes excepcionales como organismo estatal.”

Aquí el Consejo de Estado expresa que además de las consideraciones del artículo 17 de la Ley 80, la administración puede declarar la terminación unilateral del contrato en los casos de nulidad absoluta del contrato estatal, concepto éste que se estudia a continuación.

2.7.10.2.1 Terminación unilateral del contrato por causa de nulidad absoluta

Según la Ley 80 de 1993 (artículo 44), Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1º. “Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2º. ”Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3º. ”Se celebren con abuso o desviación de poder;

4º. ”Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, y

5º. ”Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

Pero, según el Consejo de Estado, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre, solo para los casos previstos en los numerales 1º, 2º, y 4º del artículo anterior.

En estos eventos, señalados taxativamente por la ley y correspondientes a algunas de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, la entidad debe acudir a sus atribuciones excepcionales para dictar actos administrativos unilaterales, adicionales a aquellos que la ley prevé para la terminación unilateral de los contratos.

Como la entidad estatal tiene la dirección general, el control y vigilancia administrativos de la ejecución del contrato, ella puede interpretar los documentos y estipulaciones

contractuales, modificar los contratos y *“cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”*, con el objeto de evitar la paralización o afectación grave de un servicio público y asegurar la inmediata, continúa y adecuada prestación (ley 80 de 1993, art. 14, num. 1º).

A modo de conclusión cabe recordar que el legislador no sólo autoriza el ejercicio de los poderes administrativos de la entidad estatal para terminar el contrato de manera unilateral y anticipadamente, sino que además ordena y adiciona los eventos en que de ordinario procede su liquidación, entendiéndose ésta como operación o corte de cuentas que determina los conceptos y montos adeudados mutuamente por las partes, la cual, en principio puede hacerse de común acuerdo por las partes contratantes.

Dispone la ley 80 en su artículo 60 que en el caso de los contratos de tracto sucesivo como los de obra pública, o sea, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, deben liquidarse de común acuerdo por las partes contratantes, dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia, o en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que lo disponga.

Pero si el contratista no se presenta a la liquidación, o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, según la Ley 80 en su artículo 61 dispone que *“(...) será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”*. Esto es, que si no se efectúa la liquidación bilateral, bien porque no se intente o porque fracase, la entidad estatal debe liquidar unilateralmente el contrato, lo que ha de hacer, por regla general, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del fijado por la ley (4 meses según lo previsto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993). De lo contrario y como lo dispone el Código Contencioso Administrativo en su artículo 136 numeral 10º, el interesado puede acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, para lo cual cuenta con un término de caducidad de la acción de dos (2) años, siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

De otra parte y pese a lo antes expuesto, el Consejo de Estado¹⁷⁷ dice que *“(...) debe advertirse que la administración carece de competencia para declarar la nulidad, total o parcial, absoluta o relativa, de un contrato celebrado por una entidad estatal. Su declaratoria es materia de competencia de la autoridad judicial (Código Contencioso Administrativo arts. 87 y 136 numeral 10. letras e) y f))*.

¹⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1230. Diciembre 1, 1999.
Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Actor: Ministro de Transporte.

”Materia diferente es que la existencia de algunas de las causales establecidas por la ley para provocar la nulidad del contrato estatal, impongan a la administración el deber legal de darlo por terminado, hecho que debe ser cumplido por ésta tan pronto tenga certeza jurídica y real de la configuración de las causales de nulidad que obligan a la terminación, sin perjuicio del ejercicio de la acción contenciosa pertinente abierta incluso por parte de la misma administración, toda vez que al ser parte del contrato está revestida de legitimidad para su ejercicio, al poder ser alegada la nulidad absoluta por las partes contratantes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona interesada, o declarada de oficio (...)”

2.7.10.3 Modificación unilateral

Hay quienes controvierten este principio y lo consideran inexistente, sobre todo porque pone en duda el rigor del art. 1602 del Código Civil Colombiano, según el cual el contrato es ley para las partes y no solo para una de ellas. No se va a entrar en polémica sobre dicho punto, por quedar fuera del alcance pretendido y además se expresa que para la doctrina y la jurisprudencia francesa, este principio es reconocido y aceptado.

El tema de la modificación unilateral del contrato encarna un postulado de suma importancia en la contratación estatal que es conocido como el principio del equilibrio financiero del contrato, tema que será analizado posteriormente al igual que el estudio de las importantes figuras que se presentan en los contratos administrativos y que guardan una gran relación con el principio antes nombrado: la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe.

Sobre el tema el maestro VIDAL PERDOMO¹⁷⁸ apunta que las “modificaciones dentro de la vida del contrato de obras públicas se conocen por la experiencia de funcionarios y de ingenieros; en el contrato de suministros la periodicidad de los pedidos permite a la administración incorporar variantes en ellos, y en cuanto a la concesión, el carácter de acto mixto (parte reglamentaria y parte contractual) que la caracteriza permite a las autoridades administrativas modificar unilateralmente los reglamentos de prestación de servicios.”

En el derecho francés el principio de equilibrio financiero del contrato surgió como consecuencia al derecho que tenía la administración de modificar unilateralmente el contrato; *“si la prerrogativa de que hace uso la administración impone nuevas cargas o prestaciones al contratista, es de equidad que sea reembolsado por ellas”*¹⁷⁹. Con este orden de ideas, se tiene que en Colombia las cláusulas financieras a favor del contratista se consideran a salvo de las variaciones que para adaptar el contrato a las circunstancias de interés público puede ordenar la administración. Si bien, el contratista está en pleno

¹⁷⁸ VIDAL PERDOMO, 10 ed. Op. cit., p. 187

¹⁷⁹ *Ibíd.* p. 187

derecho a renunciar al contrato cuando las variaciones impuestas por la administración excedan en un 20% al valor del contrato original. (Ley 80 de 1993, art., 16).

El rango de 20% es a lo que en contratación se le denomina: EL UMBRAL DE RIESGO DEL CONTRATISTA. Siendo de suma importancia conocer este dato, porque las modificaciones al objeto del contrato dentro de este límite, son de obligatorio cumplimiento. Así, el contrato administrativo queda debidamente modificado y es una ley para las partes, como si el nuevo objeto contractual se hubiere acordado por mutuo consenso¹⁸⁰.

Sobre la modificación unilateral, el Consejo de Estado¹⁸¹ expone:

“(...) asimismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional, está limitada a la <<supresión o adición>> de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está limitada a un elemento <<cuantitativo>>, por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito. En cuando a los motivos, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados taxativamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.”

Agregando más adelante el mismo pronunciamiento que **“el legislador expresamente fija la oportunidad de aplicación de esta cláusula únicamente durante la ejecución del contrato. Además se prevé en este caso que si las modificaciones alteran en un veinte (20%) o más el valor del contrato, el contratista tiene la opción de renunciar a continuar su ejecución, caso en el cual procede su liquidación y la entidad debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su terminación.”** (Negrillas de la sala).

2.7.10.3.1 Principio del equilibrio financiero

Antes de expedir la ley 80 de 1993 el tema del equilibrio financiero del contrato no se encontraba contemplado en la legislación, siendo esto, un motivo de preocupación y urgencia para la jurisdicción en lo contencioso-administrativo, en oposición a lo que pensaba la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, sala que incluso llegó a considerar (1981 y 1982) que los reajustes por mora en el pago eran ilegales¹⁸².

Con la introducción de la ley 80 de 1993 se implantan cambios importantes, dándole de alguna manera al contratista el *status* de colaborador de la administración y se le reconocen

¹⁸⁰ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 336-337

¹⁸¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000.
Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del Interior.

¹⁸² BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p. 222 – 223

derechos que hasta la fecha solo la jurisprudencia y la doctrina tenían perfectamente identificados a su favor¹⁸³.

Es así, como el inciso 2º del artículo 3 del estatuto de contratación dispone que los contratistas, en relación con las entidades públicas *“colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social, que como tal, implica obligaciones”*, agregando el artículo 5º del mismo estatuto que tendrán *“derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato”*.

Cabe también citar, al artículo 27 que se titula *“De la ecuación contractual”*, donde se establece la obligación de mantener en los contratos estatales *“la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar”* y a restablecer esas condiciones cuando dicha equivalencia se rompa *“por causas no imputables al afectado”*, primando para este efecto una serie de acuerdos en que se precise la cuantía y forma de pago de los *“gastos adicionales”*, *“costos financieros e intereses”*, exigiendo la norma la obligación a cargo de las entidades de *“adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o siguiente vigencia que se trate”*.

Sobre la definición del equilibrio financiero del contrato la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸⁴ ha considerado lo siguiente:

“Desde que surge a la vida jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la “ecuación financiera del contrato”. Desde esa situación, se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia. El equilibrio económico del contrato puede verse alterado, durante la ejecución por las siguientes causas: -por actos o hechos de la Administración contratante; -por actos de la Administración como Estado; y, -por factores exógenos a las partes del negocio jurídico. Por lo general el contratista propone precios y costos de acuerdo con el calendario previsto para la celebración y ejecución del contrato, de tal manera que si se presentan retrasos injustificados, como el pago del anticipo, entre otras situaciones, la ejecución del contrato podría verse afectada (...).”

Así pues, el principio del equilibrio económico o financiero del contrato es otro de los principios especiales de la contratación estatal. Una forma de explicarlo consiste en conocer

¹⁸³ *Ibíd.* p. 222-223

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, julio 13, 2000, radicación número 12513. Consejero Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

que en los contratos de obra pública, de concesión de servicios públicos, de suministro, etc., se pueden presentar cambios a los existentes al momento en que se celebró el contrato, debidos a circunstancias económicas, sociales o políticas que alteran la equivalencia económica pactada en un principio, sea por actuaciones imputables a una de las partes como la administración o el contratista, o por hechos completamente ajenos a cualquiera de ellas.

En consecuencia, los mayores costos en el cumplimiento de las obligaciones del contrato de una u otra manera por el contratista no son asumidos por la administración, así como tampoco debe asumir el contratista costos producto de circunstancias ajenas a él o de errores de la administración. El maestro ESCOBAR GIL¹⁸⁵ explica el tema de una forma sencilla y en extremo completa, clasificando las formas en que se puede presentar el riesgo en dos tipos diferentes, a saber:

1. RIESGOS EMPRESARIALES

Son los riesgos normales o inherentes al funcionamiento de una organización empresarial, que se atribuyen exclusivamente al contratista afectado y no se pueden trasladar a la entidad contratante. Se subdividen en dos clases:

- a. Riesgos normales que corresponden al giro ordinario de la empresa y que debieron haber sido previstos por el contratista al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, ejemplos de ellos se citan:
 - Incremento en los precios de los materiales.
 - Incremento en el precio de la mano de obra.

Por lo general, estos incrementos son debidos por ejemplo a la temporada de lluvias, la topografía escabrosa o por la ausencia o mal estado de las vías que comunican al sitio donde se llevará a cabo la obra. El contratista tiene que estar al tanto de ello desde el principio, incluso antes de ser adjudicado el respectivo contrato.

- b. Riesgos por caso fortuito que se caracterizan por tener ocurrencia en la organización interna de la empresa. Tales como:
 - Accidentes de trabajo de los operarios.
 - Incendios en las instalaciones de la empresa.
 - Averías o destrucciones internas de los equipos.
 - Incumplimiento de los proveedores o subcontratistas.

¹⁸⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 402-407

En el ámbito de la contratación administrativa los acontecimientos que ocurren al interior de la empresa o sociedad o cualquiera sea la forma en que se presente la parte privada, deben ser asumidos por el contratista. Es por esto, que el artículo 5 numeral 1º de la Ley 80 de 1993 expresamente reconoce el derecho al restablecimiento de la equivalencia económica del contrato sólo *“por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista.”*

2. RIESGOS EXTERNOS

Son circunstancias anormales y completamente ajenas al contratista o a su círculo de colaboración, y que alteran la equivalencia económica del contrato. Es a esta clase de riesgos y no a otros a los que corresponde propiamente la teoría de la equivalencia económica del contrato, prevista en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que le otorga a las partes la facultad de solicitar el restablecimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, cuando ésta *“se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado.”*

El autor clasifica a estos riesgos de la siguiente manera:

2.1 RIESGOS ADMINISTRATIVOS

Son alteraciones de la equivalencia económica causada por la acción unilateral de la parte estatal, bien sea por las modificaciones introducidas al objeto del contrato por motivos de interés público, o por la expedición de normas jurídicas o actos administrativos por parte de las autoridades públicas y que estas decisiones incidan directamente sobre el contrato, o por el incumplimiento de las obligaciones contractuales (responsabilidad contractual) por parte de la entidad estatal contratante.

2.2 RIESGOS COYUNTURALES

Son definidos como fenómenos de orden social (paros cívicos o laborales), económicos (crisis a nivel nacional) o políticos (perturbación del orden público o guerra exterior) que no se pueden prever al momento de celebrar el contrato; o que siendo fenómenos previsibles se desconoce como pueden llegar a afectar el valor del contrato. Técnicamente estos riesgos se enmarcan en las teorías de la imprevisión y la revisión de precios.

2.3 RIESGOS NATURALES

Son fenómenos de fuerza mayor, como los movimientos sísmicos, erupciones volcánicas o los maremotos, entre otros. Cuyos efectos son destrucciones, pérdidas o averías en las obras, o en los bienes y equipos. En este caso de fuerza mayor se haya el contratista ante la teoría de la imprevisión.

También hacen parte de esta clase de riesgos las dificultades materiales que se presentan en la construcción de las obras que no fueron previstas por las partes al momento de celebrar el contrato, por ejemplo: excavación en roca dura y no en roca blanda, necesidad de cimentar más profundo, capas de agua en el subsuelo, etc. Esto trae como resultado la ejecución del contrato pero con mucha mayor inversión del contratista que la prevista inicialmente al momento de celebrar el contrato.

A continuación se exponen los conceptos fundamentales de la teoría de la imprevisión que como se vio en renglones atrás, juega un papel muy importante a la hora de entender los conceptos sobre el principio del equilibrio financiero de los contratos estatales:

2.7.10.3.2 Teoría de la imprevisión

Tiene origen en Francia en el año de 1916 debido a la difícil situación económica por la que este país atravesaba luego de la guerra de 1914, que, entre otras cosas, condujo a severas alzas en el precio del carbón, de tal magnitud que produjo el rompimiento de las **condiciones financieras existentes al momento de contratar** entre un concesionario y la administración de la Villa de Burdeos, contrato que consistía en el suministro del gas para dicha localidad. Debido al alza del material, la empresa concesionaria de la producción y distribución del gas solicitó a la administración de la Villa de Burdeos la autorización para aumentar las tarifas a un punto que le permitiera equilibrar el contrato siendo el pronunciamiento una negativa a tal solicitud e igualmente la administración se abstuvo de hacer cualquier reajuste o pago a la compañía de gas titular de la concesión, que le hubiera permitido afrontar el déficit.

Esta situación fue llevada al conocimiento del Consejo de Estado Francés caso que se conoció como el *gas de Burdeos*, dando origen a la sentencia de marzo 30 de 1916, en la que se aplicó por primera vez la teoría de imprevisión donde se considera el “álea económico” en oposición al “álea administrativo”, este último que como se verá más adelante es el soporte de la teoría del hecho del príncipe.

Hoy día, la aplicación de esta teoría se presenta ante circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo, que alteran la ecuación económico-financiera del mismo por causas totalmente ajenas a la voluntad de las partes (en particular, ajenas al Estado) y en perjuicio del contratista. Haciéndose de esta manera necesaria la obligación del Estado de asistirlo para que pueda cumplir el contrato y no se vea afectado el interés público o colectivo, que es a fin de cuentas lo que dicha teoría busca proteger.

Respecto de ésta teoría, el tratadista BAUTISTA MOLLER¹⁸⁶ cuando cita al profesor JEAN RIVERO expresa lo siguiente tomando como base los requisitos exigidos por los franceses quienes fueron sus propios creadores:

- *“Los contratistas no han podido razonablemente prever los hechos que trastornan la situación, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.)*
- *”estos hechos deben ser independientes de su voluntad.*
- *” deben provocar un trastorno en las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio del contratista, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el contratista halla y debido razonablemente podido prever.”*

En relación con el mismo tema, BAUTISTA MOLLER¹⁸⁷ al citar al tratadista JÉZE anuncia los requisitos que exige el Consejo de Estado Francés para que pueda ser aplicada la teoría de la imprevisión:

1) *“Es necesario hallarse en presencia de un evento completamente independiente de la voluntad de las partes contratantes; en especial de la voluntad de la administración “de lo contrario, hay hecho del príncipe”. Es lo que se denomina distinción entre el álea económico y el álea administrativo.*

2) *”Es preciso que las partes contratantes no hallan razonablemente podido prever el evento; de lo contrario, no existe imprevisión.*

3) *”Es necesario que el evento tenga por consecuencia trastornar la economía del contrato, es decir, entrañar para el contratista, pérdidas que exceden todas las previsiones que se hallan podido hacer al celebrar el contrato.”*

Se hace necesario clarificar los conceptos sobre lo previsible y lo imprevisible dentro de la contratación estatal, para así tener un concepto más claro sobre la anterior teoría.

2.7.10.3.2.1 Eventos previsibles

Se toma el caso de un contrato administrativo de concesión cualquiera: así, en un lapso de 15 o mas años que es un plazo normal en este tipo de contratos, se hace posible pensar que en el sitio donde se desarrolla el contrato se registre un terremoto o se alteren las condiciones climáticas de manera severa y otras situaciones análogas.

¹⁸⁶ BAUTISTA MOLLER, p.239

¹⁸⁷ *Ibíd.* p.239- 240

Las anteriores situaciones son como se sabe materialmente posibles, pero no clasifican dentro de lo que se podría llamar: *previsible*. Pues, si bien es cierto pueden suceder, no existen elementos actuales que permitan expresar con algún grado de seguridad si se presentarán, mucho menos cuando, tampoco con que intensidad y que efectos se producirán. Por ejemplo, el cambio de legislación sobre la materia puede hacer más gravosas las condiciones del contratista, esto es algo que puede suceder, pero no por ello es algo que pueda considerarse al momento de celebrarse un contrato para prever sus efectos y las medidas que se deben tomar a fin de evitar el daño al contratista.

Así, la doctrina¹⁸⁸ cuando infiere sobre los conceptos de eventos previsibles y no previsibles expone:

“previsible, por el contrario, es todo aquello que con antelación puede esperarse que suceda, o porque el comportamiento histórico así lo indica, o porque condiciones actuales nos permiten considerar con cierto grado de aproximación el efecto que producirán en el mediano plazo sobre la realidad actual.”

”Que la inflación no sea de uno sino de dos dígitos cada año, que los salarios suban en similar proporción, que sobrevengan lluvias de determinada intensidad durante tres meses al año de conformidad con los registros hídricos, son ejemplos de situaciones previsibles y que para la conformación de la oferta deben considerarse en la medida en que incidan en las cargas u obligaciones del contratista. No hacerlo o renunciar a ellos, como no pedir ajustes salariales, no podrá considerarse como imprevistos sino como una situación previsible cuyos efectos deliberadamente no se quisieron atenuar, o se asumieron, como cuando los precios ofrecidos en una oferta son bajos, en cuyo caso no habrá lugar a modificación del contrato.”

Para finalizar su ponencia, el autor citado se remonta a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre lo que debe entenderse como imprevisto, en casación de marzo 18 de 1925, publicada en la gaceta judicial, tomo XXXI, página 186:

“Al definir la ley como caso fortuito o fuerza mayor el imprevisto a que no es posible resistir, lo imprevisto de que trata esta disposición no significa que el hecho a que se atribuye aquel carácter siga desconocido, sino que, por ser inopinado u ocasional, no se sabe o no puede preverse cuando ni en que circunstancias podrá acontecer, y una vez presentado es absolutamente irresistible, como ocurre, verbigracia, con un naufragio en el mar.”

En todo caso, determinar cuando algo es o no previsible tiene que examinarse en un caso particular, pues no es fácil expresar unas reglas que se acomoden a todas las circunstancias. *“Lo único que si puede afirmarse es que no todo lo que puede suceder se clasifica como*

¹⁸⁸ *Ibíd.* p.241

previsible, y la razón de la teoría de la imprevisión reside en conocer que existen situaciones que pueden alterar el equilibrio económico del contrato cuyo suceso y efectos no era razonablemente prever en el momento de formularse la oferta o celebrarse el contrato.”

Otra de las teorías relacionadas con el tema, es la conocida en contratación como el hecho del príncipe o álea administrativo, teoría que cobra importancia básicamente cuando la administración usa su poder de manera legal, pero esto ocasiona lesiones al contratista, poniendo en peligro la normal ejecución del contrato.

2.7.10.3.3 Hecho del príncipe¹⁸⁹

Al igual que la teoría de la imprevisión, esta teoría ha sido construida con el fin de asegurar el cumplimiento del objeto del contrato, pero sin llegar a perder de vista que en las dos formulaciones teóricas el análisis se dirige primordialmente a examinar el efecto sobre los intereses comunitarios o colectivos. Que la solución salve o evite la ruina del contratista, es algo completamente secundario en la formulación de las tesis.

Incluso para la jurisprudencia este ha sido un punto de enorme complejidad y partida de importantes contradicciones, para efectos de esta obra y debido a su enfoque a la ingeniería, se remitirá tan solo a dar el concepto que la teoría envuelve y su papel dentro de la contratación estatal, sin llegar a caer en profundas discusiones que son propias de otras competencias académicas.

Ahora bien, el profesor BAUTISTA MOLLER concluye con base en lo expuesto por la doctrina internacional y de manera particular por el profesor JEAN RIVERO, debido a la precisión con la cual éste último maneja el tema en estudio. Así, para el tratadista RIVERO el hecho del príncipe reviste las siguientes características:

- a) *“La teoría del hecho del príncipe está presente siempre y cuando la persona pública contratante use su poder de modificación unilateral de las obligaciones del contratista...”*
- b) *“La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del contratista emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública... En este caso, hay una asimilación del álea administrativo al álea económico, y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión.*
- c) *“La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del contratista; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato).”*

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 242-249

Puede notarse claramente que desde la perspectiva de los tratadistas internacionales, y de manera particular la del profesor RIVERO, se puede afirmar que la teoría del hecho del príncipe sí excluye aquellas decisiones que son expedidas por autoridades o entidades públicas pero diferentes a la que celebró el contrato. Punto éste, que es de amplio debate en las esferas doctrinales y en la jurisprudencia tanto colombiana como internacional.

Finalmente, cabe observar que la teoría del “hecho del príncipe” tiene diversos puntos o consideraciones que opacan la claridad que se desea en ella, es así como, se puede encontrar jurisprudencia en Colombia que aplican dicha teoría en forma confusa y contradictoria, sobre el particular inciso, tratadistas de la talla del profesor BAUTISTA MOLLER expresan lo siguiente:

“Esta severa incoherencia no es nada beneficiosa para la seguridad jurídica que debe imperar en un país, mas grave aún tratándose de los principios o normas que regulan las relaciones entre el Estado y sus súbditos, pues en la medida en que no haya claridad en esas relaciones, en la misma medida habrá confusión acerca de los derechos y obligaciones de unos y otros, lo cual genera caos y anarquía.”

Continuando más adelante: *“es evidente que el derecho no es un enunciado matemático y que es de su esencia la diversidad de criterios y argumentos, pero extremos como el expuesto no son edificantes ni beneficiosos.”*

Como puede notarse, no es fácil el manejo de ésta terminología jurídica, pero se expuso lo fundamental del campo para una completa revisión del tema teniendo en cuenta el alcance de ésta obra. Ahora bien, hasta aquí se han abordado los principales conceptos teóricos que envuelven las cláusulas excepcionales al derecho común, a manera de repaso se puede decir que estas son: la interpretación, la modificación y la terminación unilateral. A continuación se pasa a estudiar uno de los puntos más importantes dentro de la teoría de la contratación estatal y al igual que los tópicos anteriores forma parte de las potestades excepcionales de la contratación pública, esta es la caducidad. Considerada por algunos sectores de la doctrina como la potestad excepcional por excelencia.

2.7.10.4 Caducidad contractual

La caducidad es una de las posibilidades que tiene la entidad estatal de resolver el contrato, al presentarse hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afectan en forma grave y directa la ejecución de aquél y evidencie que puede conducir a su paralización. La declaratoria de caducidad procede mediante acto administrativo debidamente motivado y sus efectos son la terminación y liquidación del respectivo contrato en el estado en que se encuentre, el pago por parte del contratista de la cláusula penal pecuniaria, el cobro de la garantía de cumplimiento y la inhabilidad del contratista para participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos con las entidades estatales

por el término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad (ley 80 de 1993, art. 18).

La inhabilidad para contratar constituye uno de los efectos jurídicos de las sanciones, bien sean éstas penales, administrativas, disciplinarias o fiscales, impuestas a los sujetos de derecho con capacidad de obrar, con el objeto de apartarlos del proceso de contratación administrativa y así proteger el interés público. Para la configuración jurídica de la inhabilidad, es preciso que exista una sentencia judicial que imponga al proponente la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, o que haya declarado la nulidad absoluta del contrato, o de la adjudicación de la licitación, o que, exista un acto administrativo mediante el cual se haya declarado la caducidad del contrato, o se haya hecho efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

La prohibición legal para participar en licitaciones o concursos o para contratar, sólo se configura cuando la sentencia judicial se encuentre ejecutoriada o el acto administrativo en firme; a partir de la fecha de la una o del otro, empieza a contarse el término de duración de la inhabilidad que es de cinco años, según lo dispone el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993, art. 8, num. 1º).

Así, la caducidad es la potestad que tiene la administración pública dentro de las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, para terminar unilateralmente el contrato y ordenar su liquidación, esto, como se anotó anteriormente es con el único objeto de proteger el interés público.

Como se trata de una potestad, es decir, de una especie de competencia, su ejercicio tiene limitaciones. Entre los límites está el tiempo, las autoridades pueden actuar dentro de la oportunidad que ha señalado la ley y, en materia de caducidad de contratos de ella solamente puede hacerse uso mientras el término de los mismos esté vigente y no después del vencimiento de los plazos pactados¹⁹⁰.

Debido a que la caducidad no se encontraba definida en la legislación anterior fue necesario incluirla dentro de la contratación administrativa para así llenar ese vacío legal en un tema de tanta importancia, ya que la caducidad como se dijo anteriormente, hace parte de las cláusulas excepcionales y dada su dimensión y su contenido o significado, así como por las consecuencias que genera, es la cláusula exorbitante de mayor importancia hoy día en el tema.

El tratadista BAUTISTA MOLLER¹⁹¹ define la declaración de caducidad por parte de la administración, de la siguiente forma:

¹⁹⁰ MORA CAICEDO, Esteban. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. 3 ed. Bogotá: LEYER, 2001. p. 229.

¹⁹¹ BAUTISTA MOLLER, Op. Cit., p. 297

“Se entiende como tal la facultad que tiene la administración para declarar unilateralmente la presencia de uno cualquiera de los hechos o situaciones previstas en la ley o en el contrato como causales de caducidad, siempre y cuando que se den además las precisas condiciones exigidas en la norma, declaración en virtud de la cual se produce el rompimiento de la relación contractual a partir del momento en que el pronunciamiento estatal queda ejecutoriado.” (Negrillas ajenas al texto).

El efecto directo e inmediato de la declaratoria de caducidad es que termina en forma anticipada el contrato, luego el contrato termina, desaparece, y, en consecuencia la administración no puede realizar ningún acto distinto de efectuar su liquidación, si a ello hay lugar, quedando imposibilitada para aceptar, por ejemplo, la cesión del contrato al garante o compañía aseguradora.

Continuando con el tema, puede decirse que el rompimiento del vínculo contractual, cualquiera que fuere la causa, produce una consecuencia inmediata como es la que las partes quedan imposibilitadas legalmente para el cumplimiento de las obligaciones no ejecutadas hasta esa fecha. Se analiza, por ejemplo el caso completamente posible, como es en una obra pública que por circunstancias ajenas al contratista no puede ser culminada dentro del plazo estipulado, sino algún tiempo después bien sea semanas, días o meses. Y por culpa de la entidad se vence el plazo sin haberse perfeccionado la prórroga que autorizaba al contratista la terminación del contrato. Este es un caso, en el cual se rompió el vínculo contractual (no por caducidad declarada al contratista) y como tal, en atención a la ley, la administración no puede permitir la ejecución de las labores de terminación, aun en el caso de que el contratista desee terminarlo, pues toda obra que ejecute por fuera del plazo contractual no podrá ser pagada, excepto claro está, en el evento en que la administración por acuerdo directo o por solución dada por terceros, haya quedado en capacidad de efectuar el pago de esos trabajos o servicios ejecutados por fuera del plazo del contrato.

2.7.10.4.1 Caducidad en asociaciones

Sobre la caducidad en los casos de asociaciones como las uniones temporales, los consorcios y las sociedades, el Consejo de Estado¹⁹² se pronunció así:

“La declaratoria de caducidad genera inhabilidad para participar en licitación o concurso o para contratar con entidades estatales por el término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo que así lo dispuso. En consecuencia quedan inhabilitados en los términos señalados en dichas normas, no sólo la sociedad como tal sino todos los socios de la misma, sin que haya lugar a que la entidad contratante entre a establecer individualmente en quién radicó dicha responsabilidad. Lo anterior por cuanto

¹⁹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1283, septiembre 4, 2000.
Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Actor: Ministro de Transporte.

la responsabilidad en las sociedades constituidas con el único fin de participar en un concurso o licitación, así como el de celebrar y ejecutar el respectivo contrato, es para todos los efectos solidaria, como la de los consorcios.”

Mas adelante se agrega que “(...) a este respecto, la doctrina sostiene la tesis de que, aún el integrante cumplido de un consorcio no queda exonerado de responsabilidad ni de inhabilidad pues el contrato les es imputable a todos y, por consiguiente, no puede “escindirse” con miras a favorecer a quien pretende alegar el haber buscado cumplir las obligaciones a su cargo.”

El querer del legislador, al consagrar en el parágrafo 3° del artículo 7 de la ley 80 la responsabilidad para las sociedades que se constituyan con el objeto exclusivo de participar en un concurso o licitación, así como en celebrar y ejecutar el respectivo contrato - independientemente del tipo de sociedad que asuman- fue proteger el interés público, dando así unas mayores garantías a las entidades estatales, de manera tal que la responsabilidad por el cumplimiento de la propuesta y del contrato recayera tanto sobre la sociedad como sobre los socios.

2.7.10.4.2 Incumplimiento sin caducidad

De la atenta lectura del anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, se puede deducir que el principal efecto que genera la declaratoria de caducidad es la de terminar en forma anticipada el contrato, por esto, se hace lógico exigir como condición natural para su pronunciamiento que el contrato esté vigente, esto es, que el plazo para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes no haya terminado. En caso contrario, es jurídicamente imposible expedir la declaración de caducidad, pues su consecuencia inmediata es la finalización del contrato y tal hecho ya es una realidad cuando el plazo de éste ha vencido.

Párrafos estos que son indispensables para entender cuando una declaratoria se considera extemporánea y así poder enunciar de manera mas clara cuando un contrato administrativo se puede llegar a incumplir pero sin que necesariamente se haya producido la declaratoria de caducidad. En algunas situaciones la administración se abstiene de declarar la caducidad a su contratista, obedeciendo a diversas razones, por ejemplo, cuando está pronto a terminarse el plazo para hacerlo y dado los trámites que esto requiere en algunos casos es mejor optar por otros métodos menos rigurosos, ya que se puede declarar extemporánea y por lo tanto no tiene validez.

Es así como, la ley 80 de 1993 en su artículo 18 y con base en la jurisprudencia, establece las modificaciones propuestas, pues con toda precisión faculta a la administración la posibilidad para decretar o no la caducidad al expresar que cuando “*la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado.*” Haciéndose evidente que el

legislador dejó en manos de la entidad estatal determinar si ante un incumplimiento expide la decisión de caducidad, en cuyo caso quedaría definitivamente truncado el propósito a causa del contrato, o también puede la entidad abstenerse de declararla, pero si opta por esto último, debe adoptar y poner en práctica mecanismos administrativos dirigidos a asegurar la terminación plena del objeto contratado.

2.7.10.4.3 Caducidad e incumplimiento grave

La caducidad no es ni puede entenderse como uno de los fines de la contratación estatal, por el contrario, es un mecanismo que permite la ley usar a los funcionarios públicos para que estos superen las dificultades surgidas en los contratos y los efectos o perjuicios que se pueden ocasionar en la comunidad.

La caducidad debe usarse con mucha responsabilidad de parte de la administración, porque ésta genera muchos efectos nocivos y que contrario a lo que se piensa, no solo afectan al contratista. Algunos de estos efectos reconocidos por la doctrina son¹⁹³:

- Origina unos perjuicios jurídicos para la persona contra la cual se expide.
- Implica necesariamente un retraso adicional en la terminación del objeto respecto de las condiciones iniciales.
- Causa en la comunidad incomodidades y produce en ellos suspicacias e inquietudes acerca de la recta selección del contratista caducado y sobre el destino de los dineros a él entregados.
- Abre las puertas para el reclamo de indemnizaciones que prosperaran en la medida en que la actuación del funcionario no esté debidamente motivada, o los hechos en que se fundamenta su decisión no se hallen probados en forma adecuada, o se haya actuado con ligereza o con desproporcionalidad o con abuso o desviación de poder.

Es evidente como la caducidad debe reservarse para hacerla efectiva solo cuando se tiene la absoluta certeza de que el contratista no va a ejecutar el objeto contractual en la forma y términos acordados, ni en los plazos razonables y previamente estipulados para culminar con éxito el objeto contratado. Aun así, no basta que se tenga la plena convicción de esto, adicional la administración debe estar segura que el incumplimiento del contrato se debe única y exclusivamente a hechos u omisiones imputables a la voluntad del contratista. De no ser así, la administración debe obrar con mucho cuidado en el momento de declarar la caducidad, porque podría caer en actuaciones que generen indemnización para el contratista.

Asimismo, se debiera considerar la gravedad del incumplimiento, éste tiene que generar de manera explícita un retraso acerca del plazo de ejecución de la obra. En fin, la gravedad

¹⁹³ BAUTISTA MOLLER, Op. Cit., p. 318

depende de los daños o perjuicios que se generen a la comunidad o en la entidad contratante.

Por último, es de tener en cuenta antes de aplicar la caducidad, que el funcionario haya procurado conseguir corregir la conducta anormal del contratista, esto por ejemplo, por medio del diálogo, o de escritos, o en casos de persistencia, por medio de la aplicación de sanciones económicas previas, todo esto con el fin de que el contratista tenga plazo para acomodar su conducta lesiva ante el contrato.

El siguiente es un pronunciamiento del Consejo de Estado¹⁹⁴ sobre dicho tema:

“(...) si la declaratoria de caducidad es el aniquilamiento de la relación contractual, es apenas obvio que una medida de tanta trascendencia en el contrato no se tome de manera sorpresiva para el contratista y se le brinde la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales.”

2.7.10.4.4 Caducidad en contratos interadministrativos

La contratación administrativa tiene como objetivo primordial el cumplimiento de los fines del Estado y la continúa y eficiente prestación de los servicios públicos. Para que esta última no se vea afectada por el incumplimiento del contratista, el legislador previó la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales al derecho común –terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad- en los contratos cuyo objeto sea el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado y en los de obra.

Sin embargo, al respecto del tema, el honorable Consejo de Estado¹⁹⁵ infiere que *“la ley 80 en el párrafo del numeral 2º del artículo 14 estableció que en algunos contratos, dentro de los cuales se encuentran los interadministrativos, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, lo cual resulta entendible por cuanto mal podría el mismo Estado en algunos eventos, como en el de la declaratoria de caducidad, inhabilitar a sus organismos o entidades para la realización de los fines atribuidos por la Constitución, contrariando de esta manera los principios generales de la función administrativa (...)”*.

“(...) lo anterior no implica un desconocimiento del principio de igualdad entre las entidades estatales y las privadas, si se tiene en cuenta que aquéllas tienen por disposición

¹⁹⁴ Consejo de Estado, sección tercera, proceso 14821, auto de septiembre 24 de 1998. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1283, septiembre 4, 2000. Consejero Ponente AUGUSTO TREJOS JARAMILLO. Actor: Ministro de Transporte.

del legislador prerrogativas propias del derecho público, no permisibles a los particulares, por estar autorizadas para desarrollar competencias propias del Estado. Esas potestades obedecen a la relación que la contratación administrativa guarda con el interés público y a los recursos de naturaleza pública que se comprometen con su celebración. De ahí que el trato respecto de algunas situaciones, como las inhabilidades, permita una diferenciación entre los dos tipos de entidades, basada en las características propias del régimen aplicable a las primeras y en los objetivos del Estado.”

2.7.11 Obligaciones de la administración y derechos del contratista

Debido a que el contrato es ley para las partes, el Estado tiene la obligación de cumplirlo, además como obligaciones de la administración se encuentra la del manejo de situación en caso de rescisión del contrato (reconocida como acción en el art., 87 del C.C.A). Ahora bien, los Principales derechos del contratista giran alrededor del precio convenido y el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

En cuanto al precio, sobre este no hay un estándar para todos los contratos, por ejemplo en obras públicas hay varias modalidades, según sea global, por unidades, por administración delegada, etc. El principio del equilibrio financiero del contrato que nace como contrapartida de la modificación unilateral, hace parte de los principios especiales de los contratos administrativos. Sobre este particular, opina el maestro VIDAL PERDOMO¹⁹⁶ que debe ser entendido “*de manera general, como relación costo-beneficio que ha hecho el contratista y que lo lleva a brindar su colaboración al Estado, y se ha derivado la idea de que dicho equilibrio debe mantenerse como una ecuación financiera; si aumentan los costos del contrato deben aumentar los beneficios.*”

A continuación se procede a tratar el concepto del precio y la inmutabilidad o permanencia en el tiempo del mismo en un contrato administrativo.

2.7.11.1 Precio

Junto con el objeto y el plazo, el precio constituye uno de los tres elementos imprescindibles cuando se trata de celebrar un contrato. Generalmente constituye la única contraprestación a cargo del ente público y a favor del contratista, y tiene dentro de la relación contractual una sustancial importancia, en la medida en que su pago en la cuantía y oportunidad establecidas en los documentos que acreditan la relación contractual, garantizará la finalización del contrato sin sobresaltos.

Asimismo, el tratadista Sayagués Laso¹⁹⁷ al respecto del contrato de obra dice sobre el precio:

¹⁹⁶ VIDAL PERDOMO, 10 ed. Op. cit., p. 199

¹⁹⁷ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p. 213

“La labor del contratista se retribuye mediante un precio. Dicha retribución es un elemento esencial del contrato de obra pública. Por eso lo hemos incluido dentro de la definición. Además, permite distinguir este contrato de otros institutos jurídicos. El precio puede asumir diferentes modalidades. Las formas utilizadas son: precio global, o sea, cuando el contratista asume la obligación de realizar la obra por una cantidad única; precios unitarios, es decir, pactándose el precio de cada categoría de obras sin establecer las cantidades, las que resultan del trabajo efectivamente realizado; precio global y precios unitarios, combinación de los dos procedimientos mencionados anteriormente; administración delegada, sistema por el cual la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista... no puede decirse que un determinado procedimiento sea mas ventajoso que los otros. Depende de la naturaleza de la obra, las circunstancias económicas del momento, etc. La administración puede optar por cualquiera de las modalidades posibles, salvo que textos expresos impongan un sistema determinado.”

Esas diversas modalidades a que se refiere el maestro SAYAGUES LASO fueron efectivas en Colombia con la legislación anterior (Decreto 222 de 1983), pero que fueron eliminadas con el nacimiento de la Ley 80 de 1993 argumentando que era mejor no restringir la libertad de contratación.

2.7.11.2 Inmutabilidad del precio

Sobre el tema expresa BAUTISTA MOLLER¹⁹⁸ al citar al maestro SAYAGUES LASO:

“El precio es el elemento económico fundamental del contrato y lo que el contratista ha tenido en cuenta al asumir las obligaciones que le impone aquél. Por tanto, es irrevocable, sin perjuicio de las atenuaciones a este principio que surge en ciertos casos... pero dado lo extenso de los plazos de ejecución de ciertas obras y la posibilidad de que se produzcan alteraciones importantes en los precios básicos de los materiales y la mano de obra, el contratista tiene que cubrirse de un posible aumento en el costo de la obra, elevando considerablemente el precio calculado. Para evitar que esto ocurra, se ha generalizado el uso de cláusulas que prevén la modificación del precio en función de la variación del costo de la mano de obra y de los materiales básicos. Estas cláusulas no afectan el principio de la inalterabilidad del precio, pues las modificaciones que resultan son mero cumplimiento de lo acordado. Por lo mismo, las cláusulas de variación de precios obligan a ambas partes.”

Con respecto a la oportunidad de pago, agrega:

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 219-220

“A medida que se construya la obra, la administración efectúa pagos parciales al contratista. Esto es imprescindible por el monto generalmente elevado de las obras y la duración del plazo para ejecutarlas, que no permite demorar los pagos hasta la terminación... los pagos se efectúan sobre la base de la obra ya realizada, que se liquida en la forma establecida en los pliegos, casi siempre mensualmente... la administración debe efectuar los pagos en las fechas estipuladas. Si incurre en demora paga intereses, lo cual generalmente está pactado en forma expresa. Cuando los retardos son normales, el pago de intereses es lo único que el contratista puede reclamar a la administración. Pero si las demoras son anormales y responden a mala voluntad de la administración o revisten carácter extraordinario, y a consecuencia de ello el contratista sufre perjuicios no compensados con el solo pago de dichos intereses, la administración puede resultar obligada indemnizarlo... aparte de ello, el atraso en los pagos puede a su vez excusar la demora del contratista en la ejecución de la obra”.

2.7.11.3 Precio anticipado

Es la ley 80 de 1993 en su artículo 40 la que introduce este concepto cuando dispone que “se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos”, consagrando de esta manera dos figuras completamente diferentes.

El pago anticipado es pues, como su nombre lo indica, una manera de atender una obligación que ha contraído la administración con respecto al contratista, luego, este dinero pasa a ser parte de su haber patrimonial, que por consiguiente tiene derecho a disponer de él con absoluta libertad.

A criterio de la doctrina la anterior forma de pago, es extraña. Siendo lo mas común efectuar el pago una vez la obra esté completa, o parte de ella haya sido terminada. Incluso, los dineros que se dan de antemano por lo regular son a modo de financiación y se entregan de manera general conforme el avance de las obras.

El tratadista BAUTISTA MOLLER¹⁹⁹ sobre este punto infiere que siendo el pago anticipado dinero que ya no pertenece al erario público, sino al contratista y dada la libertad que él tiene para hacer lo que se le “antoje”, precisa que es absurdo solicitar la constitución de una póliza para responder por el buen manejo e inversión de ese dinero, ya que la entidad estatal carece de cualquier control sobre los bienes del particular.

Argumenta más adelante la posible solución que debe tomar el Estado para no perder dinero en este tipo de pagos:

“En ese caso, lo que puede y debe incluirse dentro de la póliza de cumplimiento, es la obligación del contratista de devolver una suma igual a la que se le haya entregado como

¹⁹⁹ Ibíd. p. 259-260

pago anticipado en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones adquiridas para con la entidad pública, mas la depreciación que haya ocurrido entre la fecha en que se entregó el dinero del pago anticipado y la fecha en que se devuelva, pues no sería justo que el contratista incumplido entregara un dinero absolutamente devaluado.”

2.7.11.4 Anticipos

Los anticipos son dineros entregados al contratista a modo de “financiación” para proporcionarle liquidez a éste. Esto en parte es debido a las cuantiosas sumas de dinero que por lo general requiere la construcción de las obras públicas. Básicamente existen dos formas de anticipos:

- a. EL PERIÓDICO: Se efectúa durante el desarrollo del contrato en proporción a los avances de obra, es equivalente al valor de las actividades ejecutadas durante el respectivo período de trabajo. Se denomina a esta clase de financiación anticipo, por cuanto se trata de entregas de dinero hechas antes de recibirse de manera completa la obra o servicio objeto del contrato, es por esto, que el contratista mantiene la obligación de invertir esos dineros así recibidos en la ejecución del objeto contractual.
- b. ANTICIPO PROPIAMENTE DICHO: Son los dineros que el contratista recibe aún antes de empezar siquiera la obra, pero sí después de perfeccionado el contrato. Es aquí donde se hace más evidente el modo de financiación del contratista, ya que con la adquisición de los dineros, se le facilitan los gastos que requiere el inicio de toda obra o trabajo como son la instalación del campamento, compra de materiales y de algunos equipos, o la contratación del personal, entre otros.

El Consejo de Estado²⁰⁰ ha definido al anticipo del siguiente modo:

“El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes. En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir – previa constitución de la garantía - , respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras, etc.). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista. -De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, radicación número 12513, sentencia julio 13, 2000. Consejero Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

propiedad pública. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones. La obligación de entrega del anticipo está a cargo del contratante, la cual precede a la ejecución del objeto contractual, propio de los negocios jurídicos bilaterales, en los cuales se impone el cumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los cocontratantes para que el otro pueda ejecutar la prestación subsiguiente. Cuando en el contrato se pacta el anticipo la ejecución del contrato a cargo del contratista pende de la entrega de aquel (...)”

Es importante aclarar a modo de conclusión que ni los dineros que recibe el contratista antes de iniciada la ejecución del objeto del contrato ni los que se le entregan a medida que avanza la obra pasan a ser de su propiedad, salvo que se entreguen con otra figura diferente al anticipo, como por ejemplo el pago anticipado.

Es así como la legislación colombiana exige al contratista las pólizas emitidas por bancos o compañías de seguros, con el objeto de garantizar al ente público el buen manejo o la devolución de los dineros entregados a modo de anticipo para los casos de pérdida de éste por culpa o dolo del contratista.

2.7.12 Licitación pública

De acuerdo al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la licitación se define:

“parágrafo. Para efectos de la presente Ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la mas favorable (...)”

Sobre la licitación pública el Consejo de Estado²⁰¹ se ha manifestado de la siguiente manera:

“(...) de lo expuesto, resulta que la obligatoriedad del procedimiento licitatorio con aplicación del deber de selección objetiva en la forma descrita, también de obligatoria observancia en la contratación directa, evita que la administración adjudique para favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas en quienes se concentraría la contratación estatal, quebrando el principio de igualdad y de imparcialidad, y de otro lado, impide la figura del fraccionamiento de contratos, lográndose así la pretensión de la ley en esta materia, cual es garantizar el interés general.”

²⁰¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1373, septiembre 14, 2001.
Consejero Ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH. Actor: Ministro de Justicia.

A la figura de la licitación se encuentran anexos otras causas y propósitos, tal como lo hace saber la doctrina:

a. LA TRANSPARENCIA

Básicamente es un mecanismo que consiste en una serie de reglas, trámites y valoraciones que el funcionario debe seguir de manera objetiva, para evitar mezclar sentimientos familiares, amistades o enemistades que entorpezcan el camino recto de la contratación. Esto en realidad sólo es un formalismo, ya que una verdadera transparencia se obtiene es con un funcionario que tenga una moral solidificada y una ética profesional completamente definida.

b. MEJOR OFERTA

La selección de ésta debe hacerse por medio de licitación o por medio de concurso, este último, cuando el objeto del contrato consista en trabajos técnicos, intelectuales o especializados. No necesariamente la mejor oferta es aquella que tiene el mejor precio, peor aún sería pensar que es aquella que tiene el menor precio. La mejor oferta es la que reúne de la forma mas “conveniente” para la entidad estatal los factores de escogencia entre los cuales el precio sólo es un factor, pero no es el único, a saber: Cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, capacidad económica, disponibilidad presupuestal, entre otros.

Con esta serie de medidas, sobre todo la referente a la propuesta más “conveniente” que no es otra sino aquella la cual ofrece la mayor suma como resultado de ponderar los diversos factores contenidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia. Con esto, lo que busca la entidad contratante es asegurar de la forma más eficiente su inversión, que después de todo son dineros no de la misma entidad, ni mucho menos de los funcionarios, sino de la comunidad y como tal se deben invertir en atención al interés público o bienestar general.

c. IGUALDAD DE CONDICIONES

La licitación pública, al menos teóricamente garantiza una libre competencia para todos aquellos que desean participar. Propósito que se logra como resultado de una serie de factores donde la administración juega el papel protagónico. Por ejemplo, estos factores empiezan en la elaboración de los pliegos de condiciones y culminan con la valoración de las propuestas para todos los proponentes con el mismo criterio. Sobre el particular se examina la ponencia del tratadista internacional ESCOLA citado por el maestro BAUTISTA MOLLER²⁰²:

²⁰² BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p. 80

“El principio de igualdad, en cambio, supone que todos los oferentes que concurran a una licitación estén, durante todo el proceso, en idénticas condiciones, de modo que ninguno de ellos pueda, de cualquier forma, tener ventajas sobre los demás. Esa igualdad se refiere tanto a la posición de los oferentes frente a la administración, como a la posición de cada uno de ellos frente a los demás.”

2.7.12.1 Etapas en el proceso licitatorio

2.7.12.1.1 Estudios de conveniencia y oportunidad

De conformidad con los artículos 25 numeral 12° y 30 numeral 1° de la ley 80 de 1993, antes de expedir la resolución de apertura de la licitación, *“deberán elaborarse los estudios, diseños, y proyectos requeridos”* (Ley 80/93, art., 25, num. 12°). Así como *“un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión (...)”* (Ley 80/93, art., 30).

La conveniencia es un concepto que busca definir aquello que de manera directa o indirecta beneficia a la comunidad o a la población en general y no sólo a un determinado sector de ésta, peor aún, a una determinada persona o grupo de personas. Entendida así, la conveniencia en la contratación pública busca satisfacer el interés general por medio del respectivo proyecto, servicio o suministro que se pretende contratar y que constituye el objeto de la licitación.

En este orden de ideas, definido la conveniencia se pasa a examinar la oportunidad de la contratación, concepto en el cual se encuentra una relación directa con el momento en el tiempo donde se tramita el respectivo contrato. No hay que perder de vista el hecho de que el objeto del contrato dado las circunstancias y éste se presente “conveniente”, no necesariamente debe por tal motivo presentarse también “oportuno” para realizarlo. Aquí en la aplicación simultánea de estos dos conceptos, es donde juega un papel fundamental la planeación y la administración en la contratación pública, que entre otras cosas, como se ha expresado en diversas ocasiones, ésta debe estar orientada a la satisfacción del interés general. En relación con el tema, opina el tratadista BAUTISTA MOLLER²⁰³:

“El saber de qué recursos económicos se dispone y cuando, constituye el último elemento que debe considerar el administrador antes de expedir la Resolución que ordena la apertura del respectivo concurso o licitación. Tal recurso no necesariamente tiene que estar disponible en la vigencia que se encuentre en curso, pues es posible que por efectos del trámite del concurso o licitación el inicio de la ejecución solo comience en la vigencia presupuestal siguiente, como también es posible acordar un sistema de financiación a cargo del contratista con reembolso de pagos al final de la ejecución o acordar el repago

²⁰³ *Ibíd.* p. 116-117

mediante la explotación del bien o servicio durante determinado lapso, caso en los cuales no se requiere una disposición presupuestal actual.”

2.7.12.1.2 Estudios de prefactibilidad o factibilidad

Al igual que en el punto anterior, son los artículos 25 numeral 12° y 30 numeral 1° inciso 2° del Estatuto Contractual los que obligan a contar previamente a la iniciación de de la licitación o concurso, con los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad, salvo el caso donde *“el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”*. Esta excepción es apenas obvia, pues no puede exigirse que existan tales estudios antes de la iniciación del concurso, porque puede ser que precisamente se abre el concurso es para contratar tales estudios, o puede darse el caso que el proyecto que se pretende contratar deba presentarse con diseños.

La exigencia de los estudios y diseños previos, no es un capricho de la norma, por el contrario, es una medida para asegurar que no se ocasionen retrasos, confusiones, sobrecostos o incluso controversias que pueden desembocar en los tribunales Contenciosos, como ocurre cuando tales estudios faltan o se encuentran incompletos.

2.7.12.1.3 Información a la cámara de comercio

En atención del artículo 22 numeral 7° de la Ley 80 de 1993. Se establece que *“Las entidades deberán remitir a las cámaras de comercio de su jurisdicción, la información general de cada licitación o concurso que pretendan abrir (...)”*, esto debe hacerse con un mes de antelación a la apertura de la licitación o concurso (Resolución N° 2125 de 1994, art., 33). Así, la información enviada a la cámara de comercio es con el fin de elaborar y publicar un boletín mensual, que será público.

2.7.12.1.4 Publicación de proyectos de pliegos y términos de referencia

El Decreto 2170 de 2002 en su artículo 1° en aras de dar una mayor transparencia a la actividad contractual plantea que *“Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso publico (...)”* y continúa mas adelante explicando el motivo de la publicación de los pre-pliegos *“(…) con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.”*

La publicación de los documentos se llevará a cabo en la página web de dicha entidad, por lo menos diez (10) días calendario antes de procederse a la apertura del proceso licitatorio o del concurso público. Asimismo, para el caso de contratación directa este término será de cinco (5) días calendario. Fechas en las cuales, podrán ser presentadas las observaciones a los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia.

Vale destacar, que el legislador en este mismo artículo aclara que “(...) *la publicación de los proyectos de pliegos o términos de referencia no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección (...)*” y también se contempla la posibilidad de que la entidad estatal no cuente con la “*infraestructura tecnológica y de conectividad*” que asegure que la publicación en la web no le acarrearán problemas futuros, debido por ejemplo a alteraciones en dichos documentos, planteando así mismo la solución :“(...) *deberá publicar un aviso [en un diario de amplia circulación] en el cual indique el lugar de la entidad donde puede ser consultado en forma gratuita el proyecto de pliego o términos de referencia (...)*”, por último la norma dice que no se aplica el presente decreto para el caso de contratación directa cuando el valor sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía y cuando la contratación tenga carácter de reservado según la Ley.

2.7.12.1.5 Publicidad de los pliegos o términos de referencia

Una vez cumplidas las fechas para la publicación de los prepliegos o de los proyectos de los términos de referencia, las entidades contratantes deberán publicar los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos, documentos que pueden contener o no observaciones hechas con motivo de la publicación previamente realizada de los proyectos de estos documentos, tal y como se indicó en el punto anterior, esto ya depende si la entidad considera relevantes los planteamientos para el proceso de selección. El texto definitivo de los pliegos de condiciones o términos de referencia, al igual que en el caso anterior, también se publican en la web, y para el caso de no existir los medios adecuados, estos se publicarán en un lugar de la entidad donde puedan ser consultados de forma gratuita.

Por último, en el párrafo 1º se plantea que “*lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refieren los literales a), g) y h) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los procesos de contratación directa cuyo valor sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía*” y al igual que en el caso anterior se excluye también de los procesos que tengan carácter de reservados según la ley.

2.7.12.1.6 Acto de resolución de apertura

Una vez agotados satisfactoriamente los puntos anteriores, la entidad licitante está en condiciones de expedir el acto de apertura donde debe encontrarse en forma clara y concisa el objeto a contratar.

2.7.12.1.7 Avisos de prensa

Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia

circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población. Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

2.7.12.1.8 Audiencia aclaratoria de pliegos

Esta audiencia según el artículo 30 numeral 4° se realiza transcurridos tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha en que comienza a correr el plazo para presentar las propuestas, la petición para dicha audiencia es por *“cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia”* en dicha audiencia se oirá a los interesados, y con base en ellos *“y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuese necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.”*

2.7.12.1.9 Cierre de la licitación

Primero hay que entender que el plazo de la licitación es aquel comprendido entre la fecha a partir de la cual pueden entregarse las ofertas y la fecha máxima o límite para realizar esta labor. El plazo de la licitación no se haya reglado en el Estatuto Contractual, en parte por la autonomía de que goza cada licitación o concurso, así como en atención a los diferentes requerimientos de tipo técnico de cada caso en particular, por lo tanto, es el funcionario quien establece estas fechas de manera discrecional y atendiendo circunstancias diferentes en cada situación, se consignan en los pliegos de condiciones o términos de referencia , teniendo en cuenta que es prorrogable hasta por el cincuenta por ciento (50%) antes de vencerse el primer plazo, esto se puede hacer de oficio o a petición de parte cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos o términos de referencia (Ley 80/93. art., 30, num.5°)

2.7.12.1.10 Estudios técnicos, económicos y jurídicos

Una vez agotado el plazo para la entrega de ofertas, la entidad tiene un plazo *“improrrogable”* pero fijado de manera discrecional por la misma entidad y consignado en los pliegos de condiciones con el objeto de atender los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las ofertas. (Ley 80/93, art., 30, num. 7°).

2.7.12.1.11 Traslado secretarial

En concordancia con el numeral 8° del artículo 30 de la ley 80 de 1993, el traslado secretarial consiste en la permanencia de los informes de evaluación de las propuestas en la secretaría de la entidad, por un término de cinco (5) días hábiles “*para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.*” Esto, sin llegar los proponentes a como es apenas obvio y contrario a derecho “*completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.*”

2.7.12.1.12 Adjudicación de la licitación

Adjudicar la licitación no es más que celebrar el contrato con aquella persona o grupo de personas (naturales o jurídicas) que haya presentado oferta y hubiere resultado ser la más favorable para la entidad y para los intereses o fines pretendidos con el proceso licitatorio.

El acto de adjudicación debe ser motivado, o sea, debe explicarse los hechos que determinaron la selección, sabiendo que esto es responsabilidad única y exclusivamente del representante legal o jefe de la entidad, este funcionario es quien tiene la competencia para definir la licitación o concurso, salvo que se haya delegado conforme a la Ley esta facultad a otra persona (Ley 80/93, art., 12).

El acto de adjudicación según el Estatuto Contractual (Ley 80/93, art., 30, num.11°) “*es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.*” El mismo estatuto en su artículo 12 agrega: “*si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta (...)*” en este caso, de incumplida la obligación de suscribir el contrato, la administración puede seleccionar la oferta calificada en segundo lugar y adjudicar la licitación a su titular mediante acto administrativo motivado dentro de los quince (15) días siguientes, esto, siempre y cuando la oferta que se halle en el segundo lugar sea también considerada favorable a la entidad y a sus fines.

2.7.12.2 Declaratoria de desierta

Antes de dar una definición que por cierto no es nada fácil, dada la diversidad de opiniones en la literatura que se encuentra respecto de este término, se procede a explicar en que consiste la “favorabilidad” que tanto se nombra, cuando expresa la norma (Ley 80/93, art., 29) “*es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento mas favorable a la entidad y a los fines que ella busca (...)*” para ello se recurre y cita textualmente al experto en la materia profesor BAUTISTA MOLLER²⁰⁴ quien además de aclarar el concepto proporciona un ejemplo del tema:

²⁰⁴ *Ibíd.* p. 140

“la favorabilidad se refiere a que la oferta como tal no sea inconveniente para la entidad y para los propósitos perseguidos con esa específica licitación.” En la misma obra, en las páginas 137 y 138, el autor expresa lo siguiente sobre el tema: *“pero la distinción de fondo de la norma actual [Ley 80 de 1993] ante la anterior [Decreto-Ley 222 de 1983] consiste en la exigencia de la legislación de motivar el acto mediante el cual se haga la declaratoria de desierta, sin excepción, y motivar el acto significa expresar los hechos u omisiones y explicar las razones que sirven de fundamento para calificar la oferta u ofertas de inconvenientes para la entidad. No podrá tenerse como motivación válida limitarse a expresar que las ofertas son inconvenientes para la entidad, pues esa es una simple calificación del funcionario cuyos antecedentes y fundamentos debe relacionar y explicar para poder considerarse motivado el acto. Pero, además, dicha motivación tiene que ser seria, razonada, imparcial, coherente y conexa con la calificación de inconveniente, so pena de adolecer de vicios por abuso o desviación de poder o falsa motivación, que dan lugar a la anulación del acto.”*

Y continúa: *“Lo dicho en relación con la inconveniencia de las ofertas es aplicable cuando estas no satisfacen o no sirven a los intereses que la entidad pretende resolver. Sí, por ejemplo, con la licitación la entidad procura resolver de manera permanente la falta de agua potable de una comunidad y alguien le ofrece construir el respectivo acueducto, a un costo bien económico, pero del estudio técnico que hace la entidad está concluye que el acueducto propuesto sólo resolverá las necesidades de agua durante dos meses al año, deberá declarar desierta la licitación si no hay una propuesta que satisfaga o cumpla mejor dicho propósito.”*

Finalmente, cabe destacar que no es lo habitual que la licitación o concurso se declare desierto, porque la regla general es la adjudicación y la particular es la declaratoria de desierta, pero si ésta última se da (conforme al derecho) bien sea por causas imputables a la entidad, pese a que la conveniencia del objeto a contratar es algo que debe haberse examinado “antes” de la apertura de la licitación o concurso según lo estipula el estatuto contractual, la otra posibilidad, es que la declaratoria se halla generado por causas ajenas a la entidad, como sería el caso donde ninguna oferta cumple los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, o ninguna se considera favorable para la entidad y a sus fines o intereses perseguidos. En cualquiera de las anteriores situaciones, el proceso se declara desierto mediante acto administrativo debidamente motivado, documento en el cual se expresa de forma clara y detallada los hechos y razones que impidieron la selección objetiva. Una vez declarado desierto el concurso o licitación, se procede a la contratación directa.

2.7.12.3 Contratación directa

Forma de contratación en la cual las entidades públicas celebran contratos sin necesidad de previa licitación o concurso público. Con la contratación directa, lo que se busca es atender

ciertos servicios que están a cargo del Estado en una forma oportuna o con mayor agilidad que con el procedimiento de la licitación pública.

Esto, sin perder de vista que por regla general cuando la administración contrata con un particular deberá ceñirse a un procedimiento licitatorio con el fin de garantizar que la propuesta escogida será la mejor para la satisfacción de las necesidades de la entidad. Sin embargo hay eventos como se exponen a continuación en los cuales la ley determina que no es necesario adelantar el proceso licitatorio por considerarlo obstaculizador o inconveniente y le da facultades al Estado para que elija a la persona con la que desea celebrar un contrato determinado de manera directa.

Ahora bien, esta modalidad de contratación no debe ser excusa para olvidar la importancia de acudir a criterios objetivos para escoger al contratista. Aunque la contratación directa sea un mecanismo idóneo para celebrar contratos con mayor agilidad en ciertos eventos definidos de manera taxativa por la ley, dicha brevedad en el proceso de selección no puede servir como excusa para ignorar ciertos principios rectores de la contratación estatal que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta. Uno de ellos y de alguna forma considerado el principal, es el de la *selección objetiva* del contratista, el cual pretende que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación basada en criterios subjetivos de la Administración y poniendo en riesgo el interés de la comunidad.

En dichos eventos de contratación directa, lo que hace la entidad contratante, es elaborar una invitación para que le sean presentadas diferentes propuestas, y escogerá la que considere la mejor luego de compararlas entre sí. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y que factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación.

Los casos en los cuales se procede a esta forma “*excepcional*” de contratación, están consagrados en el estatuto contractual en su artículo 24 numeral 1° literales desde el a) hasta el m). Correspondiendo estos casos a los siguientes:

- Menor cuantía.
- Empréstitos
- Contratos interadministrativos (excepto el contrato de seguro).
- Contratos de prestación de servicios.
- Contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles.
- Urgencia manifiesta.
- Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

- Cuando falte voluntad de participación o ninguna propuesta es apta.
- Defensa y seguridad Nacional.
- No exista pluralidad de oferentes.
- Productos ofrecidos en bolsas legalmente constituidas.
- Contratos de prestación de servicios de salud.
- Contratos que tiene por objeto directo el desarrollo de actividades comerciales e industriales propias de las empresas estatales y de las sociedades de economía mixta.

El hecho de que la contratación se lleve a cabo de manera directa, no impide que las autoridades realicen el respectivo control para garantizar la correcta actuación de los servidores públicos. Este tipo de contratación se encuentra ampliamente tratada en el capítulo III del Decreto 2170 de 2002, titulado “De la selección objetiva de la contratación directa”, este es un decreto reglamentario de la Ley 80 de 1993, en el cual se encuentra, entre otros:

Contenido mínimo que deben tener los pliegos de condiciones o términos de referencia. Todo lo relacionado para un completo entendimiento de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Información sobre contratos de prestación de servicios, Interadministrativos, de seguros y los de prestación de servicios de salud. Así mismo, los artículos 16 y 17 del mencionado decreto, se refieren a los casos en los cuales se procede a contratar directamente luego de fallida la licitación o el concurso.

Además se ofrece información valiosísima sobre el punto tan vago que había dejado la Ley 80 de 1993 en su artículo 24 numeral 1° literal j) en el cual se exponía que se procedía a contratar directamente cuando no existía “pluralidad de oferentes”, prestándose esto para muchas interpretaciones. Por tal motivo el Decreto 2170 en su artículo 17 define de forma muy precisa cuando NO EXISTE pluralidad de oferentes:

“Cuando no existiere mas de una persona inscrita en el R.U.P, en aquellos contratos respecto de los cuales se requiera dicha inscripción conforme al artículo 22 de la Ley 80 de 1993.

”Cuando sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo”.

Se agrega además al finalizar dicho artículo que *“estas circunstancias deberán constar en el estudio de conveniencia y oportunidad.”* Permitiendo así, llegar a entender que *“pluralidad de oferentes”* no se refiere al caso que se puede llegar a presentar en un proceso licitatorio donde concurra una sola propuesta pero el titular de ella no es la única persona inscrita en el R.U.P, sino por el contrario existen muchos otros (o al menos otro) inscritos

en el registro que simplemente no están participando en dicha licitación o concurso por motivos que solo ellos saben.

2.7.13 Pliegos de condiciones

Son el documento que elabora la Administración con el fin de exponer o dar a conocer a los interesados los requisitos que deben reunir los proponentes para poder participar, así como los fines buscados por dicha entidad al momento de elegir la oferta o propuesta más “conveniente”.

Los pliegos de condiciones por ser emitidos por autoridad administrativa, tienen el carácter de acto administrativo y comúnmente se expresa que son la *Ley del contrato*, en la medida que obliga tanto a la administración como al contratista. Por el hecho de ser actos administrativos, estos documentos están por encima de cualquier otro en un proceso licitatorio, incluso como lo expresa ESCOBAR GIL²⁰⁵ se encuentran en una jerarquía superior a la minuta del contrato.

Sobre el tema, la jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado²⁰⁶ al referirse a los pliegos de condiciones expuso:

“Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcances del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto de que se tengan como “la ley del contrato. Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en la materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato. Es la razón por la cual por disposición legal debe incluirse en ellos “la minuta del contrato que se pretende celebrar con inclusión de las cláusulas forzosas de ley” (Art. 30-h del decreto ley 222 de 1983, lo cual se mantiene hoy en el Art. 30-2 Ley 80 de 1993).

²⁰⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 85

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, febrero 3, 2000, radicación número 10399. Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE,

”Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes.”

Las autoridades contratantes en los pliegos de condiciones pueden incluir, además de los criterios indicados en la ley, otros factores que deban tenerse en cuenta, de conformidad con el objeto del contrato, así como la ponderación o calificación que se asigna a cada uno de ellos en la correspondiente evaluación de las propuestas, sin que ello signifique que este permitido incluir factores discriminatorios que violen el principio de igualdad de oportunidades entre los licitantes, el cual es, sin duda, esencia de la selección objetiva del contratista.

Dentro de los pliegos de condiciones la administración determina las reglas básicas tanto del negocio jurídico a celebrarse, como aquellas que rigen la selección de oferentes, las cuales deben ser objetivas, justas, claras y completas de manera tal que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva, eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso, no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Es por esto que se llega incluso a afirmar que el éxito o fracaso de la licitación depende en gran medida de la claridad, precisión, y sencillez de los pliegos de condiciones. Así, un pliego es claro cuando los servicios requeridos por la entidad contratante y que constituyen el objeto de la licitación, están claramente identificados. Por ejemplo, el caso de licitación para obras públicas, se dice que el pliego es claro cuando especifica elementos básicos como: los procedimientos de construcción, los modos a financiar, las soluciones para las posibles controversias o, el tipo, clase, diámetros y resistencia de los materiales. También, los equipos utilizados para cumplir con el objeto del contrato deben ser suficientemente especificados en los pliegos, con los detalles apenas necesarios y sustanciales del negocio que proyecta celebrarse, sin llegar al extremo de dar especificaciones milimétricas como exigir una marca de equipo en particular o cosas por el estilo, ya que se estaría tocando el terreno del principio de la objetividad previsto en el estatuto de contratación y de obligatorio cumplimiento en todo proceso público de contratación, siendo el desacato de principios como éste, la fuente principal para desatar consecuencias de tipo jurídico contra la entidad estatal encargada de redactar el pliego.

El siguiente es un pronunciamiento del Consejo de Estado²⁰⁷ sobre el pliego de condiciones, su debido acatamiento por parte del contratista y la responsabilidad al momento de elaborarlo y publicarlo la entidad contratante:

“Corresponde a la administración unilateralmente señalar en el pliego las condiciones y normas de licitación, pero una vez establecido y promulgado el reglamento del concurso es ley de las partes y obliga tanto a la administración como a los proponentes. Esto quiere decir que la administración tiene en adelante dentro del proceso del concurso una competencia reglada. Su facultad para contratar se limita al contrato enunciado y no a otro.”

Asimismo, otro pronunciamiento del honorable Consejo de Estado²⁰⁸ sobre la naturaleza del pliego de condiciones expresa:

“De esa pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados por la finalidad común, se destaca el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas.”

Como ya se anotó anteriormente, es en el pliego de condiciones donde se encuentra definido en sí el proceso licitatorio y sobre todo es el mejor reflejo de la transparencia, calidad o imparcialidad de la entidad contratante al momento de elegir a sus contratistas, en parte porque *“la valoración y ponderación de todos y cada uno de los factores señalados, es la que permite determinar si en el proceso contractual se observó el deber. Por ello, la totalidad de los criterios deben estar previamente precisados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, con la indicación del puntaje máximo, mínimo o promedio que ha de asignarse a los proponentes, para que al final, en sumatoria de todos y cada uno de ellos, sea esta simple operación aritmética, la que permita desechar elementos tales como el afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”*²⁰⁹

2.7.13.1 Alternativas y excepciones en las ofertas

²⁰⁷ Consejo De Estado. Sala de consulta y servicio Civil. Radicación número 12334 Mayo 17 de 1967. Consejero Ponente: ALBERTO HERNÁNDEZ MORA.

²⁰⁸ Consejo de Estado. Sección tercera. Agosto 1º de 1991. Expediente número 6802. Consejero Ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

²⁰⁹ RICO PUERTA, Op. cit., p. 264

El Estatuto contractual en su artículo 30 numeral 6° permite que se presenten propuestas alternativas y excepciones de carácter técnico y económico. Una propuesta alternativa es aquella que se aparte de las condiciones o requerimientos sustantivos del pliego, como cuando en sustitución del puente metálico se ofrece uno de concreto. Mientras que las excepciones técnicas y económicas no son propiamente ofertas sustitutivas, sino modificaciones más específicas en uno o más de los requisitos o exigencias de los pliegos pero que no lo afectan en su totalidad.

Por ejemplo, el caso de una licitación donde el objeto del contrato incluya, entre otros: Construcción de calzada en pavimento, cuneteo del tramo y construcción de andenes en concreto; en cuyos pliegos se especifica un espesor de calzada no menor a veinte (20) CMS. Una excepción económica sería que usted logre demostrar que el pavimento, estructuralmente cumple el mismo objetivo y con la misma o mejor calidad, pero con tan solo quince (15) CMS. de espesor y no necesariamente veinte (20) cms. como se exige en los documentos.

Cuando la norma señala que se pueden presentar “*alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación.*” (Ley 80/93, art., 30, num.6°). Esto significa, que es la entidad la que posee plena libertad para seleccionar entre la oferta básica, la alternativa o acoger la excepción o excepciones. No sin destacar, que en Colombia el tema de las alternativas y excepciones técnicas y económicas genera un vacío que ni la norma ni el reglamento clarifican la manera en que se deben manejar en una licitación o concurso, quedando todo en manos de lo expresado en el respectivo PLIEGO DE CONDICIONES, luego los posibles futuros errores y confusiones presentadas en el concurso son debidas en gran parte a lo que se haya previsto o se haya dejado de prever en dichos documentos

2.7.13.2 Documentos subsanables y no subsanables

Términos estos, designados a los documentos que no son necesarios para la comparación de propuestas y aquellos documentos que por su contenido o información, si se consideran necesarios para la comparación y selección de la mejor oferta, a los primeros generalmente se les conoce con el nombre de *subsanables* y a los segundos como *no subsanables*.

Básicamente esta norma lo que trata de evitar es que se prive a la entidad contratante o que se rechace una buena oferta por cuestiones totalmente secundarias o nimias al momento de ponderar las diversas ofertas presentadas. En el Estatuto Contractual, se encuentra lo referente a ésta disposición: “*(...) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*” (Ley 80/93, art., 25, num. 15°). Aquí la ausencia de requisitos hace referencia a que el

oferente no cumple con algún requisito exigido y la falta de documentos, significa que se omitió la presentación de éste.

La interpretación a esta norma debe hacerse con cautela y no debe entenderse ésta como una deficiencia de la ley y por lo tanto un canal que pueda llegar a comprometer la seguridad y la seriedad del proceso licitatorio o incluso, llegar a violar y desatender los principios de la contratación pública (transparencia, economía, selección objetiva, igualdad de tratamiento de los concursantes, etc.). Por ello es de suma importancia hacer las siguientes aclaraciones, tal y como las expone el tratadista BAUTISTA MOLLER²¹⁰ al referirse a la aplicabilidad de dicha norma:

“Que la irregularidad se refiera a puntos o temas no necesarios para la comparación de las propuestas, lo cual parecería remitirnos a los temas o materias que son objeto de evaluación. Dicho en otra forma, si las anomalías que registra la oferta no corresponden a los temas que de conformidad con el pliego serán objeto de comparación y evaluación, no habrá lugar al rechazo de la oferta. En caso contrario, es decir, cuando la irregularidad sí se presente en uno de los temas materia de comparación y evaluación, en principio se impone el rechazo de la oferta. Sin embargo, dependiendo de cómo los temas hayan sido redactados existe la posibilidad de que no haya lugar al rechazo, como cuando se exige acreditar una experiencia en determinado ramo y se dice que ese factor se calificará de cero (0) a X puntos, lo cual significa que el no acreditar nada de experiencia no hay lugar al rechazo de la oferta sino a calificar ese ítem con cero (0) puntos.

”Que la irregularidad sea pura y simple, esto es, sin agravantes o conexidades, verbigracia, que la falta de un documento responda efectivamente a una simple omisión formal y no pase a convertirse en una omisión sustancial, como cuando deja de presentarse un documento por causa de un olvido y no porque con su omisión se pretenda dolosamente pasar por alto algún requisito que la entidad quiere verificar con su exigencia. A contrario sensu, título suficiente para el rechazo del ofrecimiento hecho sería si, además de la omisión, en principio formal, al responder una aclaración o efectuar una complementación oficiosa el proponente confirma la inexistencia de una condición o requisito esencial.”

2.7.13.3 Términos preclusivos y perentorios

En el numeral 1° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se encuentra que los términos para las diferentes etapas en la selección de la propuesta más favorable son “*preclusivos y perentorios*”, el primero significa que una vez transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad y ésta no se cumplió, entonces se pierde la oportunidad de hacerlo, ya que el tiempo no se puede revivir, debido a su carácter “*preclusivo*”. Ahora bien, ya definido el término preclusivo, se examina el “*perentorio*”, en contratación este debe entenderse que los tiempos para realizar la actividad antes de

²¹⁰ BAUTISTA MOLLER, Op. Cit., p. 95-96

vencerse tampoco se podrán ampliar porque son tiempos fijados de manera definitiva y terminante (salvo casos de excepción y con formalismos legales).

A manera de ejemplo, no son modificables los términos para estudios técnicos, económicos o jurídicos tratados en el Estatuto (Ley 80/93, art., 30, num. 7º). En cambio, si son prorrogables, por ejemplo los tiempos de adjudicación y firma del contrato (Ley 80/93, art., 30, num. 9º).

2.7.13.4 Plazo de liquidación

El artículo 24 numeral 5º literal f del Estatuto Contractual proclama que cuando hubiere lugar a la liquidación, se indicará el plazo en que se efectuará este trámite y cuando no se ha fijado un término en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la liquidación del contrato, esta se hará *“a mas tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que se disponga.”* (Ley 80/93, art., 60).

Asimismo, el artículo 61 ibídem, trata el tema relacionado con la terminación unilateral, o sea, cuando *“el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.”* Según el artículo 136 del C.C.A, cuando se presentan dichos casos *“durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento” del plazo contractual o al vencimiento del legal para efectuar dicha labor, “el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a mas tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.*

Un tema que ha suscitado polémica es el hasta cuando puede o está habilitada la administración para declarar la caducidad del contrato administrativo. En parte, porque no se ha precisado de manera general lo que quiere decir la frase: terminación del contrato. Hay quienes la interpretan de una forma y algunos la interpretan de otra manera totalmente distinta, para tal efecto, se hace uso de jurisprudencia del honorable Consejo de Estado²¹¹, como sigue:

“(…) 1.4 La etapa de liquidación del contrato. La ley 80 de 1993 por su parte, dispuso en el artículo 60 que serían objeto de liquidación todos los contratos de tracto sucesivo, entendiéndose por aquellos los de ejecución y cumplimiento prolongados en el tiempo, etapa en la cual las partes debían acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiere lugar. En cuanto al contenido del acta de liquidación señaló que en ella debían

²¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1293. Diciembre 14, 2000. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Actor: Ministro del interior.

constar <<los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo>>.

”Con estos antecedentes busca la Sala resaltar y recordar la importancia que tiene la etapa de liquidación del contrato y los alcances de la misma, ya sea porque se haya realizado de mutuo acuerdo o porque a falta de éste la administración la realice unilateralmente.

*”Si la ley permite que en esta etapa los contratantes ajusten todas las cuentas que se suscitaron con ocasión de la ejecución del contrato, que puedan hacerse reconocimientos o determinarse indemnizaciones a favor del contratista, que daba lugar hasta para la aplicación de sanciones al contratista (porque eso es lo que se deduce de los derogados artículos 193 y 289 citados), que **la administración puede retener las sumas que estime se le deben, todo con ocasión de la ejecución del contrato, no puede jurídicamente tenerse su liquidación como una etapa extraña al plazo contractual.***

*”No en vano la Sala ha considerado que la liquidación del contrato, es un auténtico corte de cuentas entre los contratantes, en la cual se define quien debe y cuánto, y que cuando se suscribe sin reparos cierra para las partes la posibilidad de ejercer todas las acciones que se originan del contrato. De otro lado, **la liquidación del contrato marca el punto de partida para determinar el plazo de la caducidad de las acciones que se deriven del mismo** (art. 136 numeral 10, lit. c) y d) C.C.A).*

*De acuerdo con lo anterior, **la Sala precisa que el contrato que se celebra con el Estado tiene dos plazos: uno para la ejecución y otro para la liquidación y que no tienen jurídicamente el mismo alcance las expresiones contrato vencido y contrato extinguido, toda vez que frente al primero la administración tiene la potestad para exigir las obligaciones a cargo del contratista y evaluar su cumplimiento. La extinción del contrato por el contrario, se configura cuando éste ha sido liquidado. En este orden de ideas, no puede estar ausente en la etapa de liquidación del contrato la potestad de autotutela de la administración para declarar su incumplimiento (...)**”.* (Negrillas de la sala)

2.7.14 Adición de los contratos

En el decreto-ley 222 de 1983 con respecto al tema preceptuaba en el inciso final del artículo 58 que en “(...) ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogar su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prorrogas automáticas (...)”.

En la ley 80 de 1993 la norma anterior no está consagrada, solo se limita el inciso 2º del artículo 40 a señalar que los “*contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.*” De lo expuesto se deduce que son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Aquel es un nuevo contrato, mientras ésta es una modificación de un contrato en ejecución.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²¹² en materia de adición de contratos señaló que: *“La ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional utilizado por los anteriores estatutos e introdujo el de “adición de los contratos”, sin especificar los elementos sobre los cuales puede hacerse la adición, aunque sí mantuvo un límite: “no más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.” Igualmente, la mencionada ley conservó el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 4 numeral 8º, 14 numeral 1º, 16, 25 numerales 13 y 14, y 27 que disponen la aplicación de mecanismos de ajustes de precios sin referirlos a la estipulación de una adición del contrato.”*

La adición del contrato puede entenderse como una modificación del mismo, por cuanto el artículo 16 de la ley 80 estatuye que la modificación unilateral consiste en introducir variaciones en el contrato por la entidad contratante, cuando previamente las partes no lleguen a un acuerdo sobre supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Por su parte, el artículo 14 que prevé los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, entre ellos la modificación unilateral, señala que en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el pliego de condiciones y por tal motivo descartados del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.

Las siguientes son conclusiones tomadas de la lectura conjunta de la doctrina y la jurisprudencia en materia de la adición de los contratos:

- a) Es conveniente anotar que la cifra del 50% previsto en la ley para adicionar los contratos no tiene que ver con el pago de los reajustes que se hayan acordado en fórmula matemática, sino para tener un margen en caso de que las cantidades previstas o *ítems* estipulados resulten insuficientes para la terminación plena del objeto del contrato.

²¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1121. Agosto 26, 1998. Consejero Ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

- b) Para saber el límite de ampliación del contrato original y celebrar la adición del mismo, será necesario considerar los salarios mínimos legales mensuales que el valor original representaba para la fecha de celebración del contrato y multiplicar esa cantidad de salarios mínimos legales mensuales por el salario mínimo mensual de la fecha en que se vaya a celebrar el contrato adicional, resultado que dividido por dos dará el tope máximo en que puede adicionarse el contrato.
- c) Hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su grado de relación con aquél, y esto se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución.
- d) Los mayores costos que se originen en la contratación por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato, como sería la adición de los contratos, deberán ser cubiertos con cargo a la apropiación global del presupuesto destinada a cubrir costos imprevistos.
- e) Son diferentes el contrato adicional y la adición de contratos. Lo primero es un nuevo contrato, mientras lo segundo es una modificación de un contrato en ejecución. La ley 80 de 1993 abandonó el concepto de “contrato adicional” utilizado por los anteriores estatutos e introdujo el de “adición de los contratos” aunque no especificó cuales eran los elementos susceptibles de la ampliación.

2.8 REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES

2.8.1 Consideraciones generales

“Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultaría, suministros y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas (...)” (Ley 80 de 1993, art., 22)

Esta es una innovación de la Ley 80 de 1993 en relación con el anterior Estatuto Decreto-Ley 222 de 1983. Esta es una de las maneras con las cuenta el Estado para constatar la información de una forma veraz, oportuna y completa acerca de un proponente y posiblemente futuro colaborador de la administración en calidad de contratista.

Son las cámaras de comercio las entidades encargadas por el congreso de la República para realizar el registro correspondiente, pero son los mismos interesados quienes efectúan su propia clasificación (auto clasificación) y calificación (auto calificación). Con la posibilidad según la ley de que esta información se pueda impugnar tanto por las entidades

estatales como por los particulares, incluso, como se verá mas adelante, se puede proceder a la cancelación de dicho registro, por medio de la entidad competente para ello: las cámara de comercio.

2.8.2 Cámaras de comercio

Las cámaras de comercio son consideradas como instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno nacional, bien sea de oficio o bien a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar dichas instituciones.

Las cámaras de comercio a pesar de ser organismos creados por el gobierno y de estar encargadas para cumplir funciones administrativas como los registros mercantil, de proponentes y de las entidades privadas sin ánimo de lucro, estas instituciones son de naturaleza jurídica privada por cuanto las personas que las integran son los comerciantes particulares y la finalidad de la institución es la de agremiarlos para lograr su unidad y la defensa de sus intereses comunes.

2.8.2.1 Naturaleza jurídica

En el pasado se suscitó una discusión sobre la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, porque algunas interpretaciones las asimilaban a los establecimientos públicos en razón de las funciones públicas que cumplían, principalmente relacionadas con el registro mercantil.

Esa interpretación se debió inicialmente a un proyecto del código de comercio que les daba esa denominación y al error de considerar que cualquier entidad que desempeñara funciones públicas tenía la categoría de establecimiento público.

En la actualidad, tal discusión ha sido superada pues se ha admitido, de manera general, que las Cámaras de Comercio son personas jurídicas privadas, por estar integradas por particulares que profesionalmente ejercen el comercio y se hallan inscritos; de otra parte, se ha desarrollado legislativa y doctrinalmente la figura del desempeño de funciones públicas o administrativas por particulares, al menos así lo conceptúa la Carta Política de 1991 en su artículo 210, a saber:

“(...) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

Con respecto al régimen de contratación aplicable a las Cámaras de Comercio el Consejo de Estado²¹³ sostiene:

²¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1373, diciembre 1, 2000.
Consejero Ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Actor: Ministro de Desarrollo Económico.

“(...) A las Cámaras de Comercio no les es aplicable el régimen de contratación de la administración pública, contenido en la ley 80 de 1993. Dicho régimen sólo se les aplicará cuando las Cámaras deban celebrar contratos en ejercicio de funciones administrativas que eventualmente les confiera una autoridad o entidad administrativa, en los precisos términos estipulados en el capítulo XVI - artículos 110 a 114 - de la ley 489 de 1998, funciones que, como se dijo, serán diferentes de las que les tiene asignadas directamente la ley.”

2.8.3 Finalidad del registro único de proponentes

El registro de proponentes tiene como finalidad suministrar a las entidades del Estado, mencionadas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, toda la información necesaria respecto a un contratista determinado, especialmente en lo relacionado con criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización y disponibilidad de equipos. Mas aún, la información allí presentada no sólo es de interés de las entidades estatales, sino también del sector privado, por lo que cualquier persona tiene derecho a consultarlo, obtener copias de los documentos que se encuentran e incluso solicitar certificaciones sobre la información en ellos contenida. A parte, que esta información es actual, debido que el registro tiene que renovarlo el proponente de manera periódica que según lo dispone la ley es por lo menos una vez por año, así mismo, y con el fin de actualizar el registro, el artículo 22 numeral 1º de la Ley 80, impone a las entidades estatales la obligación de enviar, semestralmente a la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos por él ejecutados; cuantía, expresada en términos de valor actualizado, así como los respectivos plazos y adiciones; multas y sanciones, en estas, el numeral 8º del artículo 5 del Decreto 92 de 1998, las circunscribió a los dos últimos años; cumplimiento y demás información pertinente que en relación con el desarrollo de los contratos se hubiere impuesto²¹⁴.

2.8.4 Características del registro único

Podría decirse que la principal característica en el aspecto político de este registro es que unifica la información que se tenía de los contratistas en cada una de las diferentes entidades estatales, con el inconveniente presentado algunas veces que está no era concordante en diferentes entidades para un mismo contratista, esto en parte, porque no se seguían los mismos parámetros en las diferentes instituciones, desorden que se presentaba con el anterior Estatuto de Contratación Decreto-Ley 222 de 1983. Dentro de las características que se podrían llamar técnicas del actual registro cuentan: la publicidad, temporalidad y la mutabilidad del mismo, Como se explica²¹⁵:

²¹⁴ RICO PUERTA, Op. cit., p. 257

²¹⁵ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 114

Un rasgo importante de dicho registro es su carácter público, así, toda información relativa a la personalidad, idoneidad, solvencia, capacidad técnica, etc. De los allí inscritos no goza de reserva o de secretos, por el contrario, esta información se encuentra a disposición de cualquier persona que manifieste la intención de conocerla (Ley 80/93, art., 22). Otra de las características de este registro es su carácter dinámico, ya que el hecho de que un proponente se halle inscrito no implica que éste sea hábil en todo tiempo para celebrar contratos con las entidades estatales, esto en concordancia con el artículo 22 numeral 2º del Estatuto Contractual antes citado, donde plantea que el acto de inscripción tiene una vigencia de un año, una vez vencido debido a que no se renovó a tiempo, se extinguen sus efectos jurídicos. Por último, vale observar que dentro del dinamismo antes mencionado en cuanto a la renovación, también se encuentra la posibilidad de que los proponentes, dentro del término de su vigencia, soliciten actualizar o modificar su registro, cuando se presenten variaciones en los factores que determinan la calificación y clasificación, términos estos últimos son los que a fin de cuentas tienen la mayor incidencia en la capacidad máxima de contratación.

En este orden de ideas, dentro de las funciones asignadas en relación con el registro de proponentes o registro de contratistas, a las cámaras de comercio les corresponden las siguientes atribuciones, según lo señala el tratadista ESCOBAR GIL²¹⁶:

“Realizar la inscripción de las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales.

”Organizar a los proponentes en un Registro Único clasificado por especialidades y grupos.

”Llevar los libros y archivos relativos a la inscripción, clasificación y calificación de los proponentes.

”Anotar la información concerniente a los contratos ejecutados por los proponentes, y en especial, la relativa al cumplimiento, multas y sanciones.

”Expedir al público las certificaciones en torno a las informaciones que consten por los libros y archivos correspondientes al Registro de proponentes.

”Efectuar la renovación, actualización, modificación y cancelación de las inscripciones a petición de los proponentes.

”Conocer y decidir los recursos o impugnaciones que se formulen contra la calificación y clasificación de los proponentes.

”La elaboración y publicación del Boletín Oficial de las licitaciones o concursos que realicen las entidades públicas.”

Para finalizar sobre las características del registro único de proponentes y a modo de consideraciones generales, se examina lo que al respecto opina el doctor César Torrente Bayona²¹⁷:

²¹⁶ *Ibíd.* p. 109

“En nuestra opinión, estos tres aspectos deben ser tenidos en cuenta cada vez que sea interpretada la ley 80 o los Decretos reglamentarios sobre el tema:

”Unificar la reglamentación y consecuentemente la información de todos los registros de proponentes que existían a nivel Nacional, Departamental y Municipal.

”Simplificar la tarea de los contratistas en sus trámites frente a la administración, puesto que, con el nuevo sistema solo se requiere la inscripción en la cámara de comercio del domicilio del proponente. Registro que es válido frente a todas las entidades del país, lo que obviamente busca reducir los trámites y los costos para los contratistas.

”Dar la mayor transparencia posible al proceso de inscripción en el registro, con lo cual se eliminan eventuales irregularidades en este trámite.”

2.8.5 Normativa vigente que regula el registro

Dentro de las normas vigentes que regulan legalmente la materia, se tienen:

Ley 80 de 1993 o estatuto general de contratación pública.

Decreto 856 de 1994 del Ministerio de Desarrollo Económico.

Decreto 92 de 1998 del Ministerio de Desarrollo Económico.

Circular 10 del 19 de julio de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.8.6 Registro obligatorio

Esto en conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto Contractual antes citado, que obliga a toda persona (natural o jurídica) que desee celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro o compraventa de bienes muebles, estar inscritos, clasificados y calificados en el registro de proponentes en la cámara de comercio de su jurisdicción. Éste registro es único, luego ninguna entidad estatal exigirá otro registro diferente al diligenciado por las cámaras de comercio.

De esta manera, los interesados deben diligenciar la solicitud de inscripción ante la cámara de comercio de su domicilio principal y realizar la evaluación para determinar el monto máximo de contratación y las actividades y especialidades que le correspondan. Así pues, con base en la Ley 80 de 1993, la inscripción la realiza la autoridad competente, que para el caso son las cámaras de comercio, con previa solicitud de los interesados (proponentes). Ahora bien, la calificación y clasificación la efectúan, como ya se ha dicho, son los mismos interesados. Es de destacar que, que la ley se refiere al proceso de inscripción, clasificación y calificación de manera indistinta, a lo cual infiere el tratadista ESCOBAR GIL²¹⁸ que no

²¹⁷ TORRENTE BAYONA, César. La Nueva Contratación Estatal. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1994. p. 278-279.

²¹⁸ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 112

se deben tratar de igual forma, por que son dos actos diferentes: uno, la inscripción, y el otro, la clasificación y calificación. Como ejemplo plantea que *“el artículo 22 numeral 3° de la Ley 80 de 1993, señala que los proponentes interesados deben formalizar la clasificación y calificación ante la cámara de comercio, junto con la solicitud de inscripción, precisamente por tratarse de actos diferentes. Esta consideración es de suma importancia, ya que en Colombia y según el ordenamiento positivo vigente, lo que se impugna jurídicamente son la clasificación y la calificación, mas no el acto de inscripción.”*

Mas adelante, el mismo autor y en la misma página, aclara y delimita el contenido y alcance de estas dos obligaciones de los proponentes, como sigue:

2.8.6.1 Acto de inscripción en le registro

“La inscripción es el acto por el cual las personas que aspiran celebrar contratos con las entidades públicas se incorporan formalmente al Registro de proponentes o contratistas.

”La inscripción se cumple mediante la presentación por parte del interesado de una solicitud ante la autoridad competente, acompañada de la información en torno a su personalidad jurídica (identidad, existencia y representación legal), solvencia económica y financiera, experiencia, organización técnica y administrativa, etc. Si la autoridad competente encuentra la solicitud ajustada a los requisitos legales, expide el acto administrativo de inscripción, por el cual se realiza la incorporación del proponente al respectivo registro. De está manera, la inscripción propiamente tal, es la decisión expedida por la autoridad competente (cámara de comercio) mediante la cual se acepta la solicitud formulada por el interesado”.

2.8.6.2 Acto de clasificación y calificación en el registro

En Colombia, la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, distinguen los conceptos de calificación y clasificación. El artículo 1° del Decreto 92 de 1998, señala que se entiende por calificación, la asignación por parte del proponente del puntaje que le corresponde y la fijación del **monto máximo de contratación** o **capacidad de contratación**, conocido en la jerga de la contratación como: **K**. Dicho monto, se establece mediante la auto evaluación de los factores de experiencia (E), capacidad financiera (C.F), capacidad técnica (C.T) y capacidad de organización (C.O), con base en los cuales se establecerá su monto máximo para un año, en términos del S.M.L.M.V, monto que deberá respetarse en todo proceso licitatorio; y por clasificación, la determinación por parte del proponente, de la actividad o de las actividades, especialidades y grupos que le correspondan, según la naturaleza de que específicamente haya realizado y que de acuerdo a ello puede contratar con las entidades estatales²¹⁹.

²¹⁹ RICO PUERTA, Op. cit., p. 260

La clasificación y calificación condiciona la capacidad de contratación, al permitir desarrollar sólo un cierto número de actividades (construcción, consultaría, suministros, etc.) y de especialidades, y delimitar hasta determinado valor los contratos que pueden celebrarse.

Dentro de la nomenclatura utilizada, se encuentra el concepto de **capacidad residual**, que es el valor resultante de la diferencia entre la capacidad máxima de contratación (**K**), según la calificación asignada por el proponente, y la suma total de los contratos en ejecución que éste tenga con los particulares o con el Estado.

Es de destacar, que la capacidad residual, es llamada por algunos sectores como la **capacidad real de contratación**. Ésta es exigida por las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta, ya que ofrece información aún más valiosa que el monto máximo de contratación (**K**), porque se tienen en cuenta los contratos que el contratista esté realizando en el momento presente, sin distinguir si se tratan de contratos privados o estatales, incluso se incluyen aquellos “*contratos que se exceptúan de registro en la Cámara de Comercio según el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, y, los que se tengan por participación en sociedades, consorcios y uniones temporales.*”²²⁰

Sobre la capacidad residual el honorable Consejo de Estado²²¹ en atención a una consulta formulada por el Ministro de Justicia ha dicho que:

*“(…) Así mismo, debe tenerse en cuenta que conforme al reglamento del registro único de proponentes, la capacidad real de contratación resulta de restar a la capacidad máxima de contratación los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista, determinándose así su **capacidad residual**, la cual ha de ser exigida por parte de las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta, cualquiera que sea la modalidad del contrato (decreto 92 de 1.998 art. 1º), de manera tal que establecida así la capacidad real deba ser considerada como criterio de selección en los procesos de contratación estatal.”* (Negrillas ajenas al texto).

Una vez ya explicada la terminología, se vuelve al tema sobre la obligatoriedad de este registro y su importancia jurídica en el territorio colombiano, a lo cual el doctor TORRENTE BAYONA²²² comenta que “*teniendo en cuenta la obligatoriedad que al mismo se le asigna, tanto el artículo 22 de la Ley 80, como en el artículo 4 del Decreto 856 de 1994, una interpretación armónica de esas disposiciones y del artículo 44 de la Ley 80, nos podría llevar a concluir que un contrato celebrado con una persona que no esté*

²²⁰ *Ibíd.* p. 269

²²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación número 1373, septiembre 14, 2001.

Consejero Ponente: RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH. Actor: Ministro de Justicia.

²²² TORRENTE BAYONA, *Op. cit.*, p. 282

inscrita en el registro de proponentes, vulnera la ley y, en tal caso, sería absolutamente nulo, tal como lo preceptúa el artículo 44 de la Ley 80 de 1993". (Negrillas del autor)

2.8.6.3 ¿Quiénes deben inscribirse?

Constructores

Consultores

Proveedores.

2.8.6.4 Obligatoriedad del registro

Como se sabe, la exigencia del Registro Único de Proponentes se encuentra señalada en la ley y no es a modo de capricho de este o aquél funcionario o de determinadas entidades estatales, así lo expresa el tratadista RICO PUERTA²²³ al referirse al tema:

“El registro de proponentes sólo puede exigirse en los contratos taxativamente señalados. No está atribuida a la administración la facultad de extenderlo a eventos no indicados en la ley. Así entonces, no es requisito para la participación, la aportación del registro, calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia; de menor cuantía; de contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; de contratos de prestación de servicios; contratos de concesión de cualquier índole, ni cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.” Para ampliar los conceptos sobre donde es y donde no es obligatorio dicho registro, se examina el siguiente punto sobre las excepciones en la obligatoriedad del mismo.

2.8.7 Excepciones en la obligatoriedad del registro

En concordancia con el artículo 22 inciso 6º del Estatuto Contractual, se expone que dicho registro no es necesario así como no se requiere estar calificado ni clasificado en los siguientes casos:

2.8.7.1 Contratación de urgencia manifiesta: Esta es declarada por la entidad estatal mediante expedición de acto administrativo debidamente motivado, de conformidad con el artículo 42 del Estatuto *“(…) existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro (...)*” estas se pueden presentar por estados de excepción, orden público, seguridad Nacional o catástrofe y debido a la necesidad de contratar y atender las deficiencias de una manera rápida, se prescinde tanto de la inscripción previa de contratistas en el registro de proponentes, como de la convocatoria a los procedimientos de selección o concurso público. (Ley 80 de 1993, art., 42).

²²³ RICO PUERTA, Op. cit., p. 257-258

2.8.7.2 Contratos de menor cuantía: Esto se hace atendiendo los presupuestos anuales de cada entidad estatal en conjunto con el valor del contrato a celebrarse, tal como se encuentra en la norma (Ley 80 de 1993, art., 24, num. 1°).

2.8.7.3 Contratos para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas: Por la especialidad de dichas actividades y el conocimiento que las mismas requieren, no es necesario realizar procedimiento de selección o concurso.

2.8.7.4 Contratos de prestación de servicios: Son aquellos que “(...) *celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad (...)*” (Ley 80/93, art., 32, num. 3°).

2.8.7.5 Contratos de concesión de cualquier índole: Son contratos de concesión los que “*celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración (...)*”. (Ley 80/93, art., 32, num. 4°).

2.8.7.6 Contratos de adquisición de bienes, cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional (Ley 80/93, art., 22, inc. 4°): Debido a que su precio está regulado, no se justifica realizar licitación o concurso.

2.8.8 Registro para proponentes extranjeros

La inscripción en el registro de proponentes en lo referente a personas naturales extranjeras sin domicilio en el país y de personas jurídicas sin sucursal en Colombia, se establecen dos posibilidades según el artículo 22 numeral 4° de la Ley 80 de 1993, a saber:

“Que esté inscrito en el correspondiente registro del país dónde tiene su domicilio Principal.

”Que no esté inscrito en el correspondiente registro de su país, o que estándolo desee inscribirse en el registro de la Ley 80 de 1993.”

A lo cual expone TORRENTE BAYONA²²⁴ para cada uno de los casos antes citados:

“Si está inscrito en el registro de su país deberá presentar ante la entidad estatal un documento que acredite tal inscripción y el que acredite su existencia y representación

²²⁴ TORRENTE BAYONA, Op. cit., p. 289

legal, documentos que deberán presentarse debidamente legalizados de acuerdo a las normas vigentes sobre la materia.”

Así mismo, para este otro caso el autor explica que “si no está inscrito en el registro de su país o, estándolo, desea inscribirse en el registro de proponentes de la Ley 80 de 1993, deberá presentar ante la cámara de comercio el formulario de inscripción junto con sus anexos y documentos necesarios. Para la inscripción deberá acreditarse un apoderado domiciliado en Colombia y ésta se hará en la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del apoderado”.

Es de recalcar que la entidad debe de exigir al proponente extranjero los documentos e informaciones que acrediten su experiencia, capacidad e idoneidad, tal como lo establece el artículo 22 numeral 4º inciso final del Estatuto contractual.

2.8.9 Registro para los consorcios y uniones temporales

Ya se tiene claro a que hace referencia cada una de estas figuras, al respecto se puede consultar esta misma obra o la Ley 80 de 1993 para la definición de consorcios (art., 7, num. 1º) y las uniones temporales, ibídem (art., 7, num. 2º). En lo referente al registro de proponentes, el artículo 4º del Decreto 856 de 1994 enuncia que *“cada uno de los miembros, se inscribirá, calificará y clasificará, correspondiendo a la respectiva entidad estatal verificar el cumplimiento de este registro.”*

2.8.10 Inscripción en el registro de proponentes

Como se anotó al principio del tema en estudio, la función encomendada a las cámaras de comercio por parte del Estado, es uno de los casos de delegación de funciones administrativas encomendadas a los particulares, que entre otro, es una innovación de la Carta Política de 1991. Por lo tanto, como apunta el doctor TORRENTE BAYONA²²⁵ *“el procedimiento de inscripción en el registro de proponentes es un típico procedimiento administrativo y, por lo tanto, en aquellos aspectos no regulados por la Ley 80 de 1993 ni por sus Decretos reglamentarios, se aplicará el Código Contencioso Administrativo en lo pertinente, es decir, en su parte primera que regula lo relacionado con la vía gubernativa”*. Así mismo, se reitera que la inscripción en el registro de proponentes se concreta a través de un acto administrativo, término este último al cual se le dedicó bastante atención dada su importancia jurídica en todo el proceso de la contratación.

2.8.10.1 Aspectos jurídicos de la inscripción

Como se sabe, las cámaras de comercio son autoridades administrativas en todo lo relacionado con el registro de proponentes, por lo tanto, le son aplicables todas las normas

²²⁵ Ibíd. p. 292

referentes al derecho de petición según se consagra en la Constitución Política (art., 23) y en el Código Contencioso Administrativo capítulos II, III y IV del libro primero.

Derecho de petición de información: Establece que los particulares pueden solicitar y obtener acceso a la información sobre la actuación de las autoridades (para el caso, las cámaras de comercio) y en particular que se les expida copia de sus documentos (C.C.A., art., 17).

Derecho de formulación de consultas: Esta se puede realizar por dos vías: verbal o escrita. Para el caso de la petición verbal, la respuesta se resolverá inmediatamente, si por el contrario es escrito, no se excederá de treinta (30) días hábiles.

2.8.10.2 Procedimiento de inscripción

Una vez presentado el formulario de inscripción junto con la documentación requerida, diferente a la que por razón del registro mercantil se encuentre en las cámaras de comercio, se tramitará en estricto orden cronológico de presentación, luego a cada interesado se le es asignado un número de inscripción y se le abre un expediente, donde se archivarán todos los documentos relacionados con este fin.

Cabe destacar que la información que se presente a las cámaras no tiene porque ser verificadas ni estudiadas por dichas entidades, ya que a estas sólo les fue encomendada la función de *registrar*, sin ejercer ningún tipo de control de legalidad. Así como también, es necesario saber que dicha solicitud de inscripción no necesariamente la tiene que realizar el directamente interesado, también lo puede hacer su representante legal o apoderado, según el caso.

A parte de la información suministrada por los propios interesados, el registro de proponentes también se nutre de información proveniente del registro mercantil, claro esta, sólo para aquellas personas que también lo poseen; y como se señaló anteriormente, también llega semestralmente información proveniente de las entidades estatales, las cuales envían a las cámaras de comercio con jurisdicción en la sede del inscrito, información sobre los contratos por él realizados (objeto, duración, cumplimiento, multas, sanciones, etc.), dichos documentos no responden a formularios aleatorios ni diversos, ya que estos están reglados en formularios estándares, establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio (Resolución 2125).

El procedimiento de inscripción, clasificación y calificación en el registro es realmente muy simple, a continuación se presentan las siguientes etapas señaladas por el profesor ESCOBAR GIL²²⁶:

2.8.10.3 Solicitud de inscripción

“Los proponentes deben presentar la respectiva solicitud o petición de incorporación al registro, ante la cámara de comercio correspondiente a su domicilio, mediante el cabal diligenciamiento del formulario único de inscripción adoptado por el Gobierno Nacional, a través del artículo 5 del Decreto 92 de 1998. en la solicitud de inscripción, los interesados presentan y acompañan una completa información en torno a su personalidad jurídica (identidad, existencia y representación legal); solvencia económica y financiera; experiencia (profesión, fecha de grado, contratos ejecutados, etc.); organización técnica y administrativa (relación del personal vinculado, equipos disponibles, etc.); y los documentos que sean exigidos por el mismo efecto (certificado para acreditar la existencia y representación legal, certificado de calidad, etc.)

2.8.10.4 Calificación y clasificación

”Simultáneamente con la solicitud de inscripción, los proponentes presentan ante la cámara de comercio, la calificación y clasificación que les corresponde, conforme a la autoevaluación de los factores de experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización, y de acuerdo a las especialidades y grupos relativos a sus calidades profesionales.

2.8.10.5 Recepción y examen de la solicitud

”La cámara de comercio tiene la obligación de recepcionar la solicitud de inscripción presentada por el proponente y de realizar el examen de la misma, con el fin de verificar que se hayan cumplido las exigencias formales establecidas para ese fin. Si dicha solicitud no se acompaña por la información o documentos necesarios, se le deben indicar al interesado los que le hagan falta para su completo diligenciamiento; y una vez recepcionada se procede por los funcionarios competentes a una exhaustiva revisión, y si se encuentra que los datos y anexos suministrados no son suficientes, se requerirá al interesado, por una sola vez, que los aporte adecuadamente (C.C.A, arts., 11 y 12). Esto, porque la solicitud de inscripción como se sabe, se realiza en ejercicio del derecho de petición. (C.N. art., 23).

2.8.10.6 Acto de inscripción

²²⁶ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 117

”Al verificar la cámara de comercio que la solicitud de inscripción ha sido diligenciada correctamente, debe expedir el correspondiente acto de inscripción, mediante el cual se incorpora el proponente al registro de contratistas, y se anotan las informaciones y documentos acompañando la solicitud en los libros y archivos que lleva la entidad. La inscripción es un acto administrativo y como tal debe de notificarse de manera personal al interesado; so pena que no produzca efectos, bien sea que la ordene o la deniegue. Así mismo, la inscripción o cualquier renovación, actualización, modificación o cancelación, dada su naturaleza jurídica, está sujeta a los mecanismos de control de legalidad de la actividad administrativa, tanto a los recursos de la vía gubernativa como a las acciones de la sede judicial.”

No hay que olvidar que el acto administrativo de inscripción en el registro de proponentes, le reconoce a la persona natural o jurídica la aptitud profesional, técnica, económica y financiera, así como crea una situación jurídica de carácter particular y concreto, que le proporciona al inscrito plena capacidad para celebrar contratos con las entidades públicas.

Aunque en la Ley 80 ni en sus decretos reglamentarios se encuentran los motivos por los cuales se ha de devolver el formulario y por lo tanto se impida la inscripción, los siguientes son motivos a título de ejemplo solo enunciativo que se presenta en algunos casos particulares como lo expresa el doctor TORRENTE BAYONA²²⁷, pero que se considera muy pertinente exponer dicha información dada la tendencia de la comunidad de incurrir en estos errores, además, el autor divide la información en dos posibles casos, dependiendo de si el proponente está o no simultáneamente inscrito en el registro mercantil:

“A. Causales de no inscripción si el proponente se encuentra inscrito en el registro mercantil:

Que el formulario presente tachones o enmendaduras.

Que el formulario y los anexos no estén firmados.

Que el número de anexos y folios no coincida con el anunciado en el formulario.

Que no esté en el formulario el nombre del proponente, o que este no coincida con el señalado en los anexos.

Cuando el proponente no se clasifique.

Cuando no señale algún área de la cual derive experiencia y/o sus ingresos operacionales.

Cuando no se suministren los puntos correspondientes a los diferentes criterios de calificación.

”B. Causales de no inscripción si el proponente NO se encuentra inscrito en el registro mercantil:

Que el formulario presente tachones o enmendaduras.

²²⁷ TORRENTE BAYONA, Op. cit., p. 296-297

Que el formulario y los anexos no estén firmados.

Que el número de anexos y folios no coincida con el anunciado en el formulario.

Que no esté en el formulario el nombre del proponente, o que este no coincida con el señalado en los anexos.

Cuando el proponente no se clasifique.

Cuando no señale algún área de la cual derive experiencia y/o sus ingresos operacionales.

Cuando no se suministren los puntos correspondientes a los diferentes criterios de calificación.

Cuando no informe el número de identificación del proponente.

Cuando no informe el nombre, el documento de identidad y las facultades del representante legal.

Cuando no informe el domicilio y la dirección para notificaciones.

Cuando no informe sobre la fecha de adquisición de la personería jurídica.

Cuando no aporte prueba de su existencia y representación legal.

Cuando no reporte la información financiera que se solicita”.

2.8.11 Renovación, vencimiento y cancelación de la inscripción

“La inscripción tiene vigencia de un año y deberá renovarse dentro del mes anterior a su vencimiento. Si no se renueva dentro del término señalado, cesarán los efectos de la inscripción y, por lo tanto, el inscrito no podrá validamente celebrar contratos con entidades estatales, cuando este sea requisito para ello, hasta que se inscriba nuevamente. De esta circunstancia de cesación de los efectos de la inscripción, deberá dejarse constancia en el libro de proponentes que lleve la cámara, y en las certificaciones correspondientes se indicará este hecho”²²⁸.

Cabe destacar que en el evento en el cual se ha vencido la inscripción anterior, por no renovarse dentro del término fijado y posteriormente se vuelve a inscribir el proponente, éste conserva el número asignado en la inscripción inicial.

En lo referente a la cancelación del registro, hay dos posibilidades: Se hace de manera voluntaria por solicitud del inscrito o, se hace por autoridad competente (cámara de comercio). Si se cancela de manera voluntaria, que entre o tras cosas se puede hacer en cualquier tiempo que estime conveniente el interesado (Ley 80/93, art., 22, num. 2º), existe un registro a nivel Nacional para esos fines. Cuando la cancelación se produce por autoridad competente, se dejará constancia de ello en los registros.

2.8.12 Certificación con base en el registro

La certificación que ordena la ley deberá ser expedida por las cámaras de comercio con base en la información suministrada por los inscritos en el formulario de inscripción,

²²⁸ *Ibíd.* p. 301

renovación o actualización, y en la proveniente de las entidades estatales. Esto con el fin de servir de prueba de la **existencia y representación del contratista**, también se incluye información relacionada con clasificación y calificación del inscrito (Ley 80/93, art., 22, inc. 4°).

2.8.13 Impugnación del registro

De conformidad con el artículo 22 numeral 5° de la Ley 80/93 cualquier persona (natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera) inconforme con la calificación y/o clasificación de algún inscrito, podrá impugnarlas en la cámara de comercio respectiva, previo cumplimiento de ciertos requisitos legales, para luego proceder la cámara de comercio a admitir o inadmitir dicha impugnación.

Así, según el Estatuto (Ley 80/93, art., 22, num. 6°), establece que “cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o información para la inscripción, calificación o clasificación que no corresponden a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el termino de diez (10) años, sin perjuicio de las acciones penales a que halla lugar.” Cabe destacar que para hacer efectiva la cancelación, debe demostrarse no sólo la información o documentos inconsistentes, sino mala fe, o sea, intencionalidad del proponente²²⁹.

2.9 Test capítulo III

A continuación se exponen por razones de seguridad solo dos de las preguntas que componen el test a evaluar del capítulo II, el resto hace parte de la base de datos que el programa requiere para generar de manera aleatoria diez de ellas al momento de evaluar el contenido del respectivo capítulo.

Teniendo en cuenta que el proyecto gira en torno a la contratación estatal, para este caso se seleccionaron dos preguntas del tema concerniente con los conceptos fundamentales de la contratación administrativa propiamente dicha y el restante ítem engloba los conceptos expuestos sobre el registro único de proponentes, siendo estos dos temas los que componen el capítulo III del presente trabajo de grado.

EJEMPLO A:

²²⁹ *Ibíd.* p. 313

En un proceso licitatorio se le adjudica a un determinado contratista la licitación por que su propuesta resultó ser la mas favorable para la entidad. Aunque el objeto de la licitación era la construcción de un puente “metálico”, dicho contratista resultó construyendo finalmente un puente en “concreto”.

Este caso, dentro de la contratación estatal puede suceder cuando

- A. Adicional a la propuesta básica, el contratista presentó una excepción económica, la cual beneficia a la entidad estatal, o sea, al capital público.
- B. El contratista ha presentado una excepción técnica y ésta resultó ser la más favorable para la entidad.
- C. El contratista ha presentado una oferta alternativa que con base en estudios realizados por la entidad estatal demuestra ser más idónea que la básica.
- D. En estudios posteriores a la adjudicación, la administración de manera unilateral decide cambiar el objeto contractual.
- E. No puede suceder, es una actuación contraria a la ley por parte de los funcionarios ya que atentan contra los principios de igualdad y transparencia.

La respuesta es la (C). El Estatuto contractual en su artículo 30 numeral 6° permite que se presenten propuestas alternativas y excepciones de carácter técnico y económico. Una propuesta alternativa es aquella que se aparte de las condiciones o requerimientos sustantivos del pliego, como es del caso, que en sustitución del puente metálico se ofrece uno de concreto. Mientras que las excepciones técnicas y económicas no son propiamente ofertas sustitutivas, sino modificaciones más específicas en uno o más de los requisitos o exigencias de los pliegos pero que no lo afectan en su totalidad.

El caso del enunciado es perfectamente posible en un proceso licitatorio, así lo contempla la norma cuando señala que se pueden presentar “*alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamiento para la adjudicación.*” (Ley 80/93, art., 30, num.6°). Esto significa, que es la entidad la que posee plena libertad para seleccionar entre la oferta básica, la alternativa o acoger la excepción o excepciones.

EJEMPLO B:

En el Municipio de Austria, se pretende llevar a cabo una licitación pública que tiene como objeto una obra civil. De manera coincidental, Enrique y claudia, quienes son jóvenes ingenieros y esposos capitalinos se encuentran de vacaciones en el lugar y al leer la convocatoria se muestran interesados por el trabajo. Al adquirir los pliegos de condiciones encuentran en su redacción que “(...) *con el objetivo de buscar estimular la ingeniería local: la autoridad territorial recurre a establecer un puntaje adicional de 10 puntos a favor de los proponentes con residencia o sede de sus negocios en la cabecera del Municipio de Austria.*”

Usted como socio de Enrique y claudia, y dado su conocimiento en contratación estatal, en cuanto a la redacción contenida en los pliegos

1. La acepta, porque constitucionalmente está expresado que las entidades territoriales como los municipios gozan de autonomía para el manejo de sus propios asuntos y la prestación de servicios públicos dentro de su territorio.
2. La rechaza, porque el factor de la residencia no tiene ninguna relación que de mérito de carácter objetivo en la selección de las ofertas.
3. La acepta, porque el pliego de condiciones es ley para las partes debido a que tiene el carácter de acto administrativo emitido por la autoridad local.
4. La rechaza, porque los términos de la redacción violan y restringen la igualdad de oportunidades y la libre competencia de los proponentes.

Las respuestas correctas son la 2 y la 4, esto es, la clave es la (D). La redacción de los pliegos de condiciones es evidentemente sesgada hacia intereses locales, generando esto lo que en contratación se denomina una violación en la igualdad de oportunidades y una restricción a la libertad de competencia. Es cierto que las entidades territoriales gozan de autonomía para atender sus propios asuntos (capítulo I), pero también es cierto que uno de los principales principios que rigen la contratación estatal es la objetividad (capítulo III), obteniéndose como resultado una manifiesta violación de la normativa legal vigente, susceptible de desatar nefastas consecuencias jurídicas para la entidad y el funcionario encargado de la elaboración de dichos documentos.

En este caso los distractores 1 y 3 son complejos de identificar por el estudiante debido a que no son informaciones opuestas a las claves, en vez de esto, son informaciones verdaderas pero no pertinente con el enunciado.

EJEMPLO C:

La calificación a que hace referencia el registro único de proponentes se encuentra definida como: *“la asignación por parte del proponente, del puntaje que le corresponde y la fijación consecuente del monto máximo de contratación o capacidad de contratación (K)”*.

De este modo, la diferencia entre la capacidad de contratación con la denominada capacidad “residual” o “real” de contratación radica esencialmente en

- A. La capacidad máxima y la real o residual son esencialmente la misma, solo es cuestión de la nomenclatura usada en los pliegos de condiciones o términos de referencia.
- B. La capacidad máxima resulta del último balance comercial del contratista, en tanto la residual, es cuando a la máxima se le restan todos los impuestos que el contratista debe pagar al Estado.

- C. La capacidad real es resultado de restarle a la máxima la sumatoria de los valores de los contratos estatales que este ejecutando el contratista.
- D. La capacidad residual es el resultado de restarle a la máxima, la sumatoria de los contratos que el contratista tenga en ejecución, sean estos privados o estatales, incluso los que se excluyen de registro en la cámara.
- E. La capacidad máxima es resultado de la calificación efectuada en las cámaras de comercio, en tanto, la capacidad real es el valor consignado en la póliza única de garantía y es emitido por las entidades bancarias o compañías de seguro.

La clave es la (D). La lectura atenta del contenido del capítulo III donde se encuentra el tema del registro único de proponentes permite deducir que la capacidad real o residual, como su nombre lo indica consiste en restarle a la máxima la sumatoria de los contrato que el contratista tenga en ejecución en ese momento, pero allí mismo, se hace especial énfasis en que los contratos que hacen parte de la resta incluye no sólo a los estatales, sino a todos aquellos que tenga el contratista en ejecución.

2.10 RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN

“Quien escala las más elevadas montañas se ríe de todas las tragedias, de la escena o de la vida real”.

Friedrich Nietzsche (1844-1900)
-Filosofo Alemán-

2.10.1 Responsabilidad de la administración pública

La Constitución de 1991, en su artículo 90, en materia de responsabilidad dispuso lo siguiente:

Art. 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.”

El artículo 90 de la Constitución Política desarrolla la responsabilidad estatal dentro de los siguientes supuestos²³⁰:

- a) Que se cause un daño a una persona.

²³⁰ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. cit., p. 824

- b) Que ese daño sea imputable por acción u omisión, a una autoridad pública, esto es, a la administración en sentido anónimo o a un funcionario determinado, y
- c) Que ese daño sea antijurídico.

Asimismo, en el estatuto contractual se encuentra en el artículo 50 titulado “*De la responsabilidad de las entidades estatales*” lo siguiente:

Art. 50.-“De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

De la lectura de las anteriores frases citadas de manera literal de los textos legales, se puede concluir que la teoría de la responsabilidad contractual surge cuando se configura incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración pública, lo que origina una *alteración del equilibrio económico del contrato*. Así, el artículo 5 numeral 1° de la Ley 80 de 1993 expresa en cuanto al tema de los contratistas y la responsabilidad, lo siguiente:

“Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no perdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”

En reciente estudio sobre la responsabilidad de las entidades estatales en la celebración de contratos, la Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado²³¹ expresó:

"La ley 80 de 1993 destina un capítulo especial a la responsabilidad contractual, y dentro de ella, dispone la responsabilidad a cargo de las entidades estatales por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a los contratistas (Art. 50); pero también establece para los servidores públicos responsabilidad disciplinaria, civil y penal, por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

"La actividad contractual se rige esencialmente por el principio de legalidad, que significa la sujeción de la conducta de la administración a la normatividad en materia de contratación estatal, y bajo dicho postulado se estudia la aplicación de la responsabilidad

²³¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1377. Febrero 21, 2002.
Consejero Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. Actor: Ministro del Interior.

de tal manera que si por culpa de la acción u omisión de la administración se frustra la celebración y normal desarrollo del contrato, y se causa un daño antijurídico a los licitantes o al adjudicatario de la licitación, la entidad respectiva deberá responder".

De lo anterior, resulta que por ejemplo, celebrar un contrato sin el cumplimiento o en trasgresión de uno de los requisitos esenciales constituye una violación al principio de legalidad, y de conformidad con la norma transcrita se incurriría en una actuación contraria a derecho.

La materia que va a ser objeto de estudio como primera medida es la responsabilidad civil que tiene la administración frente a los contratistas, ahora bien, una vez aclarados los elementos principales de este tipo de responsabilidad, se procederá a estudiar los principales conceptos de la relación inversa, es decir, las diferentes modalidades de responsabilidad con respecto de la administración en que pueden incurrir los contratistas cuando celebran contratos estatales. Sobre estos conceptos, expone el profesor ESCOBAR GIL²³²:

“La responsabilidad contractual propiamente dicha, es la que se deriva del incumplimiento de las obligaciones de la administración durante la ejecución del contrato, lo que permite distinguir esta institución jurídica de la responsabilidad in contrahendo o responsabilidad en la formación y celebración del contrato, como también del resto de las técnicas que consagra el ordenamiento positivo para restablecer la equivalencia económica del contrato cuando está resulta alterada por otros aleas administrativos (modificación o terminación unilateral, revisión de precios, etc.); por cuanto, la responsabilidad contractual es tan solo una de las técnicas que arbitra el derecho para restablecer la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de celebrar el contrato”.

La responsabilidad contractual garantiza el patrimonio del contratista y la equivalencia económica del contrato, en razón a que constituye la técnica consagrada por el derecho administrativo para garantizar la integridad del patrimonio del particular (contratista) que colabora con el Estado en la gestión de los servicios públicos. Así, fallas imputables a la administración, deben ser indemnizadas de tal manera que coloque al contratista en la misma situación patrimonial que tendría si se hubiera cumplido el contrato, o sea, como si se hubiese efectuado el pago de las utilidades o ganancias producto de la negociación.

2.10.2 Régimen jurídico

En el derecho administrativo colombiano, se distinguen dos regímenes de responsabilidad civil o patrimonial y se formulan como dos sistemas separados e independientes, a saber: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La

²³² ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 504

responsabilidad patrimonial aunque respondiendo a unos mismos principios jurídicos y estar sometida a un fundamento común, los dos supuestos de responsabilidad (contractual y extracontractual) presentan diferencias relevantes. Al respecto, La doctrina²³³ expone:

“Todo el sistema de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, tanto en el orden contractual como en el extracontractual se organiza en torno a la posición jurídica de la víctima, lo que configura un sistema objetivo de reparación de los daños antijurídicos, que tiene como finalidad proporcionarle a los particulares una protección frente a las agresiones que puedan sufrir en su esfera jurídica (patrimonial y extrapatrimonial) por las acciones u omisiones imputables al Estado.”

Como se observa, la responsabilidad del Estado puede ser de carácter contractual o extracontractual, y en este último caso se puede presentar de modo legislativa, judicial o administrativa. La responsabilidad extracontractual administrativa es la que se aplica en su mayor parte (salvo algunas excepciones) por causa del ejercicio de la función administrativa. Para el presente trabajo y en cuanto se maneje el tema de la responsabilidad extracontractual, se van a estudiar son las formulaciones básicas del tipo administrativo, que a fin de cuentas es el que mas concierne, dada su importancia y presencia en la contratación estatal.

La responsabilidad contractual de la administración pública es una reacción jurídica contra una situación social susceptible de poner en movimiento el ordenamiento administrativo, que le impone a un sujeto, bien sea la administración o el contratista, la obligación de reparar el daño antijurídico sufrido por otro sujeto: la víctima. Así, vista la situación y a modo de concepto: la responsabilidad civil se manifiesta es en el deber de resarcir, reparar o subsanar el perjuicio, por parte de la persona que lo produjo (causante), a la persona afectada o perjudicada (víctima). Esto se aplica, sin ninguna distinción si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual son básicamente tres²³⁴:

- a) El incumplimiento de una obligación emanada del contrato IMPUTABLE a la administración pública.
- b) El DAÑO ANTIJURÍDICO sufrido por el contratista o la lesión de su derecho a la prestación.
- c) La reunión o NEXO DE CAUSALIDAD entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable o atribuible a la administración pública.

A continuación se trata más de cerca el estudio de cada uno de los anteriores elementos:

²³³ *Ibíd.* p. 506

²³⁴ *Ibíd.* p. 507

2.10.2.1 Incumplimiento de la obligación contractual

Dadas las bases que se tienen en Colombia (fundada en la teoría francesa, adoptada por el Código Civil) se distinguen las categorías del hecho y la del acto jurídico, así, el incumplimiento contractual de parte de la administración puede ser considerado como un *hecho jurídico*.

Todo incumplimiento de la administración se traduce en conducta antijurídica, que se refleja en actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones, vulnerando de este modo el principio de la *lex contractus* consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que es la norma jurídica de la que se deriva la fuerza obligatoria del contrato y los principios de la autonomía de la voluntad, de la buena fe, y de la reciprocidad de las prestaciones, consagrados en la ley 80 de 1993. El incumplimiento contractual de la administración siempre supone una conducta antijurídica porque causa un detrimento o menoscabo o daño antijurídico a un sujeto (contratista) que no tiene el deber jurídico de soportarlo²³⁵.

2.10.2.1.1 Formas de incumplimiento por parte de la administración pública

2.10.2.1.1.1 Incumplimiento de las obligaciones derivadas de las cláusulas del contrato

Consiste básicamente en la no ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, considerándose incumplimiento cuando las obligaciones no se ejecuten en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidos por las partes. A manera de ejemplo: El no pago o el pago retrasado del anticipo, el atraso en la entrega de permisos necesarios para iniciar la obra, etc.

Esta forma de incumplimiento a su vez presenta tres modalidades²³⁶:

- **LA MORA:** Cuando la administración no cumple con sus obligaciones dentro del plazo convenido; pero a pesar del retardo, la prestación es posible e idónea para satisfacer el interés del contratista. Ejemplo: el pago del anticipo después de la fecha convenida por las partes.
- **EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO:** Cuando el incumplimiento de la administración se torna absoluto y definitivo, de manera que no es posible el cumplimiento de la obligación, o aún siendo posible, éste no es idóneo para satisfacer el interés público. Ejemplo: Cuando expira el plazo contractual sin que la entidad pública se decida a pagar el anticipo, o a entregar los planos y diseños, o a poner a disposición los términos para la construcción de obras, etc.

²³⁵ *Ibíd.* p. 508-509

²³⁶ *Ibíd.* p. 510

- **CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO DE LA PRESTACIÓN:** Cuando la conducta de la administración se dirige a ejecutar la prestación, pero la ejecución de la prestación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley, o la buena fe para la satisfacción del interés público. Ejemplo: Discordancia entre los planos y diseños elaborados y entregados por la administración con respecto a las características de los terrenos en los que se ejecutará la obra.

2.10.2.1.1.2 Incumplimiento de los deberes legales

Anteriormente se trataba el incumplimiento por parte de la administración debido a la no realización de las prestación pactadas en el contrato, ahora se procede a estudiar cuando la administración no ajusta su comportamiento conforme al derecho, o sea, a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, o cuando se abstiene a atender los deberes que la ley le atribuye para asegurar la satisfacción del interés público.

Las dos formas de esta clase de incumplimiento propias y específicas del derecho administrativo son el ejercicio ilegítimo de las potestades públicas en el contrato administrativo y la omisión de restablecer la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.

- Ejercicio ilegítimo de las potestades contractuales

El profesor ESCOBAR GIL²³⁷ Al citar al maestro GASTON JEZÉ afirma que *“los principios de legalidad y de garantía del patrimonio de los particulares imponen que el ejercicio por parte de la administración pública de las potestades de dirección y control, de imponer sanciones, de modificar el objeto contractual etc.; se ajusten a unos límites substanciales y formales establecidos por el ordenamiento jurídico, que no puede infringirse so pena que se configure una conducta antijurídica y un incumplimiento contractual”*.

Es incuestionable que cuando la administración utiliza las potestades de intervención que le otorga la ley con una finalidad diferente al “interés público”, o con desconocimiento de las exigencias éticas de la buena fe, o reglas básicas del debido proceso, se produce un incumplimiento del contrato, que de causarse un daño al contratista, la administración tiene la obligación de pagar una indemnización.

- Omisión del deber de restablecer la equivalencia económica al contrato

La administración pública con fundamento en los principios de garantía del patrimonio de los administrados, de la reciprocidad de las prestaciones y de la buena fe, tiene el deber de

²³⁷ *Ibíd.* p. 512

adoptar las medidas necesarias para restablecer la equivalencia económica del contrato, cuando ésta se altera por causas no imputables al contratista.

En este sentido, la ley, ha declarado que si la administración incumple el deber de restablecer “el equilibrio económico del contrato su conducta es antijurídica, pues el contratista tiene derecho a que tal equilibrio sea mantenido, por lo cual debe ser indemnizado”. (Ley 80 de 1993, art., 50).

2.10.2.2 Concepto de daño

Tanto en el derecho privado como en el público, cualquiera que sea su modalidad (contractual o extracontractual), provenga de donde provenga, el elemento principal de la responsabilidad civil es el *daño* antijurídico a un patrimonio, cuya existencia concreta es necesaria para producir la reacción jurídica en el ordenamiento positivo. Esto implica, que una vez causado el daño antijurídico y éste sea imputable al Estado, se tiene que originar un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima, esto es, una indemnización. Así, en resumidas cuentas los elementos que deben caracterizar ese daño son los que se exponen a continuación, teniendo en cuenta que luego se van a estudiar de manera mas detallada cada uno de ellos.

El daño o perjuicio debe caracterizarse por lo siguiente²³⁸:

- 1) *“Ser cierto o real, determinado o determinable, o sea, que se haya menoscabado un derecho del administrado, incluyendo daños presentes, actuales y los futuros ciertos, no los eventuales, que correspondan a una simple expectativa.*
- 2) *”Ser especial, particular, propio de la persona perjudicada, que no afecte a toda la comunidad.*
- 3) *”Ser anormal, irregular, anómalo, es decir, que no puede ser un daño normal, regular, que no son reprochables, ni resarcibles, ni indemnizables.*
- 4) *”Debe referirse a una situación jurídicamente protegida.*
- 5) *”Ser directo, esto es, que sea la consecuencia inmediata del hecho culposo, o sea, que haya relación de causa a efecto; se excluye el daño indirecto.*
- 6) *”Debe ser imputable al servicio público, al Estado; es necesario que éste lo haya causado.”*

2.10.2.2.1 Concepto de antijuridicidad

En el ordenamiento positivo colombiano referido a la responsabilidad civil como se dijo anteriormente el elemento central es el daño, pero ese daño tiene que estar acompañado de

²³⁸ AYALA CALDAS, Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit., p. 751

antijuricidad. A continuación se exponen los conceptos de la antijuricidad adoptando los planteamientos del sistema objetivo de la responsabilidad:

Grosso modo, el sistema objetivo plantea que toda la arquitectura de la responsabilidad civil se basa en la posición jurídica de la víctima cuyo patrimonio ha sido afectado o lesionado. Así mismo, el sistema contempla que no ha de tenerse en cuenta en lo absoluto la conducta del autor del daño. Así, “*la antijuricidad es la que no toma en cuenta el autor del daño, la que no indaga si el agente obró con voluntad y conciencia, sino de si en el caso concreto el derecho aprueba o desaprueba la acción u omisión, que puede o no ser culpable; o mas exactamente: la que afirma que la víctima no está obligada a soportar el daño, independiente de la culpabilidad o no del causante del perjuicio.*”²³⁹

Es el profesor español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA quien desarrolló los lineamientos de la responsabilidad patrimonial de la administración pública que pronto sirvió de base para la doctrina y la jurisprudencia iberoamericana. Así lo demuestra la Constitución Política Colombiana que en su artículo 90 recoge el concepto de la responsabilidad patrimonial del Estado y del daño antijurídico planteado en sus concepciones teóricas por el tratadista español.

Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia del 27 de junio de 1991, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que “los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuricidad objetiva, dentro del temperamento en que discurre el profesor GARCIA DE ENTERRIA.”²⁴⁰

GARCÍA DE ENTERRIA²⁴¹ conceptúa, que el concepto de lesión patrimonial es la base de la responsabilidad de la administración, pero este concepto de lesión se encuentra delimitado con un severo rigor técnico: No es un detrimento patrimonial cualquiera, puesto que para ser *resarcible* requiere <<que este detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho, sino, mas simplemente por que el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo*>>.

Así entendida, la antijuricidad en su sentido objetivo, es el menoscabo que sufre la víctima en su patrimonio sin estar jurídicamente obligado a soportarlo, y esto vulnera el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, siendo por consiguiente una situación contraria a derecho.

²³⁹ *Ibíd.* p. 825

²⁴⁰ *Ibíd.* p. 824

²⁴¹ *Ibíd.* p. 824

Para concluir se citan fragmentos de jurisprudencia Colombiana que demuestra que la Constitución Política Colombiana se basa en la construcción jurídica puesta líneas atrás sobre la responsabilidad patrimonial del Estado²⁴².

1. *“Ponencia para segundo debate en la plenaria de la Asamblea Constituye:*

<<La noción de daño en este caso, parte de la base que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión por que ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo (...)>>

2. *Jurisprudencia del Consejo de Estado del 8 de mayo de 1995 en la sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, con ponencia del doctor Juan de Dios Montes Hernández:*

<<La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase [contractual o extracontractual] o el régimen de responsabilidad que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está el en deber jurídico de soportar>>.

3. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia del 1º de agosto de 1996 con ponencia del doctor Alejandro Martínez:*

<< (...) la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado en un daño que debe ser antijurídico, no por que la conducta del autor sea contraria al derecho, sino por que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y es por este motivo, por lo cual se considera indemnizable>>.

2.10.2.2.2 Daño antijurídico

El tratadista ESCOBAR GIL²⁴³ ofrece el concepto jurídico de daño, eliminando en lo posible para los no diestros en el tema, la presencia de dificultades del tipo como ambigüedades o imprecisiones, dificultando el correcto entendimiento de las ideas aquí expuestas.

²⁴² ESCOBAR GIL, Op. Cit, p. 521

²⁴³ *Ibíd.* p. 517

Del diccionario de la Real Academia se puede leer como definición de daño: Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Pero la amplitud del concepto no sirve al derecho positivo y se puede llegar a caer solo en el sentido físico de la definición. Entonces, en términos jurídicos el daño tiene un sentido mas limitado, porque el hecho físico del detrimento o menoscabo de la situación de la víctima requiere que sea antijurídico (consiste en la violación del interés de la víctima protegido por una norma jurídica) y este detrimento o menoscabo a los intereses de la víctima tiene que derivarse de una conducta humana, así, la responsabilidad civil es un instrumento valorativo para la solución de conflictos humanos. Al respecto, SANTOS BRIZ concluye que daño es: “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra.”

Cabe mencionar como y de qué manera la responsabilidad del Estado, siendo un tema tan importante para la relación de la administración con los administrados, y mas aún, como se expuso en otros capítulos atrás, siendo Colombia un país basado en un Estado social de derecho, solo se empieza a tratar la materia de la responsabilidad de manera explícita y completa con la Constitución Política de 1991, siendo la piedra angular de la nueva teoría el concepto del *daño antijurídico*. Así, y a modo de información se permite exponer lo que la doctrina y la jurisprudencia infieren al respecto:

“Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que la aceptación del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado social de derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la orbita patrimonial de los particulares. Por ello, el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.” El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea, causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción o por omisión) o por ciertas conductas que, aunque puedan calificarse como regulares, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrirlo.”²⁴⁴

²⁴⁴ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit., p. 824-829

A continuación se entra un poco más en detalle con respecto al concepto del daño antijurídico, teniendo presente que el manejo de los términos aquí tratados es en extremo complejo, incluso para los expertos en la materia (Doctrina y jurisprudencia) como se muestra en los siguientes renglones. Al iniciar a hablar sobre el tema de la responsabilidad estatal, se citaron dos artículos de textos legales, uno era de la Carta Política y el otro del estatuto contractual, siendo este último artículo (art., 50) demandado por inconstitucional, ya que se considera en oposición o contradicción con el primer artículo citado (art., 90, Constitución Política). En detalle lo enseña el maestro BAUTISTA MOLLER²⁴⁵.

La problemática nace cuando la Carta Política habla de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos, en tanto que la Ley 80 de 1993 se refiere a conductas, omisiones o proceder antijurídicos. Las diferencias surgen debido a que el primero se ocupa de la antijuridicidad del daño, mientras que el segundo, o sea, el de la Ley 80 de 1993, se ocupa es del proceder (actuar) o de la omisión (no actuar) cuando éstos causan perjuicio. Entonces, en el primer caso la causa del daño podría ser un proceder no antijurídico, es decir, ajustado a derecho, mientras que tratándose de la regulación contenida en la Ley 80, el proceder siempre tendría que ser antijurídico para que sea indemnizable.

Con base en los anteriores conflictos técnicos, se pronuncia la Corte Constitucional y el honorable Consejo de Estado, concluyéndose que el concepto de daño antijurídico es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución española, y en ese país la concepción que se tiene sobre responsabilidad patrimonial del Estado tiene un matiz NO sancionatorio para el culpable del daño, sino que consiste en una INDEMNIZACIÓN para la víctima que lo sufrió, a saber:

Constitución española, art. 106:

<<Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. >>

Corte Constitucional Colombiana, fallo del 1º de agosto de 1996, con ponencia del magistrado, doctor Alejandro Martínez Caballero:

“Nótese que el sistema español [se refiere al párrafo anterior] consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima, pues lo que se busca es garantizar que la lesión sufrida del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya

²⁴⁵ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p. 194-202

sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta (...)”

La siguiente es una definición sobre el concepto de daño antijurídico emitida por la honorable Corte Constitucional con base en los anteriores análisis:

“La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (...)”

A lo que concluye el citado autor, profesor BAUTISTA MOLLER:

“Podemos decir entonces que la condición de antijurídico está referida a que se trate de un perjuicio o daño que la persona que lo recibe no está en el deber jurídico de soportar o afrontar, lo cual nos coloca en la idea de que hay daños que no tienen esa condición o, dicho en términos opuestos, que hay daños que son jurídicos, esto es, ajustados a derecho. Como ejemplos de estos últimos citamos:

- *”El perjuicio económico que recibe el contratista al ser sancionado con multas, no es en forma alguna un perjuicio antijurídico sino lo contrario, es ajustado a derecho, pues la causa del daño es el propio contratista.*
- *”Quien sufre el deterioro de su inmueble por la ejecución normal de unas obras, no está recibiendo un perjuicio por una causa ilícita o antijurídica, pero hay que dejar en claro que no por ello no tenga derecho a la respectiva indemnización.*
- *”El contratista que sufre una pérdida porque para ganarse la licitación ofreció unos precios inferiores a los del comercio.*

”En este último caso, el contratista se encuentra obligado contractualmente a soportar el daño y no puede solicitar su reparación debido a que este es producto de una oferta que él mismo presentó de manera libre y voluntaria a la entidad estatal contratante.”

Así las cosas, se puede afirmar entonces que en la teoría del daño antijurídico la administración no responde cuando existen causas de justificación expresas contenidas en un título que imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado, como por ejemplo, el cumplimiento de un contrato que es una obligación legal, así mismo, cuando el perjuicio se le imputa a la misma víctima, o a causa extraña o casos de fuerza mayor.

Según se ha visto, condición necesaria para que se desencadene la reparación del daño, es que éste sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de <<causales de justificación>>²⁴⁶.

A modo de conclusión, se puede anotar que el alcance de la responsabilidad del Estado en cuanto a perjuicios ocasionados a los contratistas o a cualquier persona en general, siempre que éste les produzca un daño y la persona que lo recibe no esta en el deber jurídico de soportarlo habrá lugar a obtener del Estado la respectiva indemnización del perjuicio recibido, independientemente de si el ente público haya actuado en forma lícita o, por el contrario haya actuado en forma ilícita.

2.10.2.2.3 Modalidades del daño

Tanto el daño contractual como el extracontractual, puede tener como objeto intereses patrimoniales o no patrimoniales. Para el caso de la responsabilidad civil contractual, los daños en su mayoría son patrimoniales, porque el objeto fundamental es el interés del contratante o del contratista, que es un derecho de crédito de naturaleza patrimonial, aun cuando eventualmente se puedan afectar otros intereses de contenido no patrimonial como detrimento al buen nombre, prestigio profesional, etc.

La diferencia entre estas dos modalidades estriba en que *“los daños patrimoniales son aquellos que producen un detrimento valorable en dinero en los intereses jurídicos de la víctima, al paso que los daños no patrimoniales son los que, siendo susceptibles de valoración pecuniaria, ésta no tiene la base de equivalencia que caracteriza a los patrimoniales, por afectar intereses que no tienen contenido económico inmediato, como los bienes de la personalidad, de la familia, o intereses de afección, o elementos trascendentales de la vida de relación.”*²⁴⁷

El daño patrimonial en la responsabilidad contractual de la administración pública comprende dos modalidades:

- Daño emergente: son daños que se manifiestan de manera directa en los bienes existentes del patrimonio de la víctima al momento de ocurrir el evento dañoso. O como lo define la jurisprudencia²⁴⁸: *“El daño emergente consiste en la disminución específica, real y cierta del patrimonio y está representada en los gastos que los damnificados tuvieron que hacer con ocasión del evento dañoso”*.

²⁴⁶ AYALA CALDAS. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit., p. 831

²⁴⁷ ESCOBAR GIL, Op. cit., p.522

²⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, sentencia del 24 de octubre de 1985. Consejero Ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

- Lucro cesante: término que expresa las pérdidas producidas de manera no directa, o sea, las ganancias dejadas de obtener o los aumentos patrimoniales que no se pudieron realizar debido a la imposibilidad para ejecutar total o parcialmente el proyecto como consecuencia del hecho dañoso. O, como lo define la jurisprudencia²⁴⁹: *“El lucro cesante se refiere a la pérdida del aumento patrimonial originada en el hecho que causó el daño”*.

Para ampliar más los anteriores conceptos, se brinda la definición que plantea el tratadista AYALA CALDAS²⁵⁰, para quien *“el daño emergente se hace consistir en el valor de los bienes o del capital perdido o desaparecido definitivamente como consecuencia de un hecho; y el lucro cesante lo constituye el beneficio o utilidad que ese capital, con mediana diligencia, debía producir; en otras palabras, son los frutos que debían rendir esos bienes o ese capital si se hubiera trabajado.”*

Asimismo, el tratadista español GONZALEZ PEREZ²⁵¹ sobre la materia conceptúa que *“el daño emergente comprende las pérdidas efectivamente sufridas. El lucro cesante comprende las ganancias dejadas de obtener, cuya estimación es una operación que exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido, siendo el único criterio utilizable el juicio de responsabilidad o verosimilitud, evitando no caer en lo que FISHER llamó: << sueños de ganancia >>. DÍEZ – PICAZO (78), señala que el lucro cesante comprende por ejemplo, los casos de lesiones corporales, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo, y, por consiguiente, de la capacidad de obtener la remuneración del mismo.*

Es importante distinguir entre la fuerza mayor y el caso fortuito, términos estos que tienden a ser tenidos como sinónimos, donde en realidad no lo son. Sobre estos conceptos expone el Consejo de Estado²⁵²:

“Dentro del marco de la responsabilidad del Estado, cobra especial relevancia la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Con fundamento en el artículo 64 del C.C., subrogado por art. 1º de la Ley 95 de 1890, se han extraído diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Se indica que la primera es aquel suceso conocido, imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño; es decir, es causa extraña y externa al sujeto (terremoto, inundación, avalancha, etc.). El caso fortuito, por el contrario, si bien es irresistible, proviene de la estructura de

²⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, sentencia del 24 de octubre de 1985. Consejero Ponente: CESAR URIBE ACOSTA.

²⁵⁰ AYALA CALDAS, Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Op. Cit., p. 754

²⁵¹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999. p. 370

²⁵² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, julio 27, 2000, radicación número 12099. Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ,

la actividad de aquél, sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc.), y puede ser desconocido, o permanecer oculto; de tal manera, que no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (...)”.

El siguiente es un extracto de jurisprudencia en materia de lo contencioso-administrativo emitida por el Consejo de Estado²⁵³, donde se incluyen los anteriores temas de daño emergente y lucro cesante sobre un caso en que la administración incurre en mora contra el contratista, debido al retardo en la entrega del anticipo pactado en el momento de realizar el contrato. Retraso que le ocasionó perjuicio económico al contratista rompiéndose de esta manera el *equilibrio económico del contrato*, principio éste donde se fundó la demanda:

*“El demandante afirmó que el incumplimiento de la entidad contratante, mora en la entrega del anticipo, le produjo otros perjuicios como son los sobrecostos de materiales y por mano de obra, lo que le implicó su **desequilibrio económico en el contrato**, porque aquellos originaron la elevación de pago por mayores valores. (...)*”

Mas adelante expone la sala en la sentencia que *“(...) Para determinar el daño emergente: -Se actualizará la suma pactada de anticipo, desde la fecha en que se hizo exigible su entrega hasta la fecha en que efectivamente se entregó; y -se extraerá la diferencia entre el valor actualizado del anticipo y el valor histórico (convenido en el contrato); después -esa diferencia será actualizada desde la fecha en que se realizó el pago hasta la fecha de esta sentencia, para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. El lucro cesante: Se obtendrá de liquidar intereses corrientes del 6% anual sobre el valor histórico del anticipo, durante el tiempo que transcurrió entre la fecha en que se le debió entregar ese valor y la fecha en que realmente se entregó. (...)*”

Finalmente, cabe destacar que jurídicamente es mucho mas incierto manejar el concepto de lucro cesante, en parte porque las ganancias dejadas de obtener deben ser reales, y esto debe probarse de manera objetiva, sin realizar ningún tipo de especulaciones o emitir datos que solo son producto de la ficción del contratista, o como esto suele ser llamado por la doctrina: *sueños de ganancia*. Ahora bien, para el concepto del daño emergente casi no existe problema en su formulación (al menos teóricamente), de hecho este tema se encuentra tratado a fondo en la teoría general del daño tomado en cursos avanzados de derecho.

²⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, sentencia, julio 13, 2000, radicación número 12513. Consejero Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

2.10.2.2.4 Daño indemnizable

El daño tanto contractual como extracontractual debe reunir ciertas características para que sea indemnizable, a saber²⁵⁴:

- 1) Que tenga una existencia real y concreta.
- 2) Que sea evaluable económicamente.
- 3) Que sea especial.

Se hace necesario que el contratista acredite real y efectiva existencia del daño antijurídico, como fenómeno objetivo que altera la equivalencia económica del contrato. Además, se requiere que el contratista acredite la cuantía del daño patrimonial, esto se hace por lo general por medio de un análisis realizado por peritos, personas que por lo general son profesionales expertos en economía y administración de contratos.

El daño antijurídico para que sea indemnizable debe ser susceptible de valoración económica, esto no ofrece duda alguna sobre su interés patrimonial, que fácilmente puede ser cuantificado en dinero conforme a los parámetros señalados en el contrato.

Como tercer requisito, se encuentra que el daño para que sea indemnizable tiene que ser especial, es decir, que sea individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

El daño que sufre el contratista como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la administración pública siempre tiene el carácter de especial, por dos consideraciones:

- Porque el contratista en la relación jurídica que se deriva del contrato, se encuentra colocado en una situación individual con respecto a la administración, distinta de la situación general en la que se encuentran todos los demás individuos respecto al poder público.
- Porque el contratista es un colaborador de la administración en la realización de una actividad de interés general, y cualquier daño que sufra por incumplimiento de aquella, afecta de manera individual solo su patrimonio y no el patrimonio del resto de la comunidad.

2.10.2.3 Concepto de causalidad

Para el nacimiento de la responsabilidad contractual pública, se requiere además de un tercer elemento constitutivo de la responsabilidad, ya que no es suficiente que el administrado haya sufrido un daño real en su patrimonio, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico, ni que se haya producido un incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de la administración; es necesario, además, que exista

²⁵⁴ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 523-526

una relación de causalidad entre ambos extremos, conforme a la cual se pueda predicar que la causa de la lesión ha sido el incumplimiento contractual y no un factor extraño, como el hecho de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor.

La razón de la exigencia de la causalidad como requisito *sine qua non* de la responsabilidad, obedece a que su presencia es esencial para formar el juicio de imputabilidad, juicio este que consiste sencillamente en atribuirle el daño a su autor, con base en la relación material existente entre ambos²⁵⁵.

Sobre el particular de la necesidad de la existencia del requisito de causa a efecto expone el tratadista español GONZALEZ PEREZ²⁵⁶:

“La responsabilidad patrimonial de la administración exige que <<exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, erigiéndose este nexa causal en elemento fundamental y requisito sine qua non para poder declarar procedente la responsabilidad>>. Mas adelante se agrega: << (...) que los daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención extraña que pueda influir alterando el nexa causal>>”.

En la responsabilidad administrativa contractual y extracontractual debe demostrarse como nexa causal que el incumplimiento de la obligación es determinante en la producción del daño antijurídico sufrido por el contratista, es decir, debe quedar en claro la NO existencia de elementos extraños en la relación de causalidad, elementos como: hechos de terceros, hechos de la misma víctima o la fuerza mayor. De otro modo, *“el Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestre como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado”*²⁵⁷.

A continuación, se cita Jurisprudencia española (Sentencia del 28 de febrero del 1995, con ponencia de GODED²⁵⁸ que expone sobre el tema de la responsabilidad civil extracontractual y la correspondiente indemnización que se debe adoptar siempre y cuando no existan elementos extraños en la relación de causa-efecto; de ser así, y no encontrarse elementos extraños la indemnización procede independiente de la culpa o dolo con que halla actuado la administración, como se indica:

“(....) para que los particulares tengan derecho a ser indemnizados por la administración la jurisprudencia ha venido requiriendo que el daño o perjuicio originados al reclamante

²⁵⁵ *Ibíd.* p. 527

²⁵⁶ GOZALEZ PEREZ, *Op. Cit.*, p. 372

²⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, expediente 2341. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejero ponente: JORGE VALENCIA ARANGO. En: AYALA CALDAS. Jorge Enrique. *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2002. p. 767.

²⁵⁸ GOZALEZ PEREZ, *Op. Cit.*, p 159

en sus bienes o derechos sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal, configurando la responsabilidad patrimonial de la administración como un sistema de responsabilidad objetiva, independiente del dolo o culpa de las autoridades, funcionarios y agentes del ejecutivo.”

Pero, algo muy importante a tener en cuenta de cuando se vaya a invocar esta figura jurídica es que *“demostrar la existencia de la relación de causalidad para responsabilizar a la administración pública es un requisito que debe cumplirlo el que formule o pretenda la indemnización. Es el que reclama la indemnización el que debe acreditar la relación de causa a efecto entre el acto o el hecho imputable a la administración y la lesión. Ahora bien, una vez probado el nexo causal por el interesado y si la administración se opusiera a dicha prueba, alegando que se ha roto el nexo causal, la carga de ésta última prueba recaería sobre la administración, así como la de demostrar fuerza mayor en los casos en que ésta existe”*²⁵⁹.

No obstante, en esta clase de conflictos NO siempre existirá un único y absoluto culpable, también puede presentarse el caso de que exista mas de una persona causante del daño antijurídico hacia otra u otras personas, por ejemplo, cuando se presenta concurrencia de causas que le producen daño antijurídico al contratista, debido al incumplimiento contractual de la administración y a otros factores de distinta índole, (hecho de un tercero o fuerza mayor), el contratista entonces tiene el derecho a solicitar una indemnización de parte de la administración que le permita obtener una reparación integral del daño antijurídico sufrido. Sin embargo, es preciso que se determine la medida de la responsabilidad que le incumbe a cada sujeto, para que una vez que la entidad pública cubra la totalidad de la indemnización hacia el contratista afectado, ésta pueda repetir contra los demás coautores, debido a que la administración pública tiene derecho de perseguir a los demás coautores por la porción del daño que deben indemnizar.

“Ahora bien, la situación es diferente cuando el daño antijurídico es debido tanto al incumplimiento por parte de la administración, como a un manejo indebido del contrato por parte del contratista o de una deficiente gestión administrativa, técnica o financiera del proyecto, en forma tal, que ambas causas puedan ser racionalmente consideradas como determinantes en la producción del resultado lesivo, esta situación particular, es uno de los casos que en contratación administrativa se denomina: culpa de la víctima.

”Ante estos casos, jurídicamente se procede a distribuir entre ambas partes el daño antijurídico atribuyéndosele a la administración pública la obligación de reconocer al contratista una indemnización disminuida. Siendo el problema determinar los criterios para distribuir la responsabilidad de cada una de las parte en el hecho dañoso.

²⁵⁹ *Ibíd.* p. 373-374

*”En nuestro derecho, con base en el artículo 2357 del Código Civil (al cual remite la ley 80/93), la posición mas razonable es optar por el criterio de distribuir la responsabilidad en proporción con la participación (causalidad) que ha tenido cada agente en el daño antijurídico; y en caso que ello no sea posible, debe acudirse subsidiariamente al criterio de la división de la responsabilidad por partes iguales.”*²⁶⁰

Vale la pena exponer en este punto, la sugerencia del tratadista AYALA CALDAS²⁶¹ quien plantea cómo se puede distinguir jurídicamente en que caso la conducta de la víctima es la causa única y exclusiva del hecho dañoso: *“para que la conducta de la víctima pueda tenerse como la causa exclusiva del daño, bien puede considerarse que si hipotéticamente se eliminara la conducta de la administración, el daño de todos modos se habría producido, de tal forma que dicha conducta se convierta en intrascendente; o, deducirse que el hecho que determinó el daño, el que puede solo considerarse jurídicamente como su causa, fue el de la propia víctima.”*

El autor antes citado, señala mas adelante que *“la culpa exclusiva de la víctima ha sido concebida dentro del ámbito de la responsabilidad administrativa, como la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, de tal forma que dicha violación por parte de la víctima puede conducir hacia una exoneración total o parcial de la responsabilidad de la administración, de acuerdo con la trascendencia y grado de participación del afectado o afectados en la producción del daño.”*²⁶²

La siguiente es una sentencia que alude al tema de cuando se rompe el nexo causal, tiene por fecha 15 de mayo de 1999 con ponencia de LECUMBERE citada por GONZALEZ PEREZ²⁶³:

“<<Es reiterada la doctrina de esta sala – sentencia de 30 de septiembre de 1995; 6 de febrero de 1996; 7 de octubre de 1997; 4, 18 y 26 de febrero, 9 de mayo, 9 de junio y 9 de julio de 1998 -la que afirma que el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración del Estado impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostradas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima es suficiente para considerar roto el nexo de causalidad que corresponde a la administración>> (...).”

Pero a medida que avanza tanto la jurisprudencia como la doctrina, las teorías tradicionales como el pronunciamiento anterior tienden a ser abandonadas, para muestra se ve hoy día como no es necesario que el nexo causal sea única y exclusivamente de la administración para que esta pueda ser considerada responsable. El tratadista español GONZALEZ

²⁶⁰ ESCOBAR GIL, Op. cit., p. 531.532

²⁶¹ AYALA CALDAS, Op. Cit., p. 768

²⁶² Ibid. p. 771

²⁶³ GOZALEZ PEREZ, Op. Cit., p. 374

PEREZ²⁶⁴ afirma que “aún cuando en la producción del daño hubiese tenido intervención la víctima o un tercero, no se rompe el nexo causal” exponiendo mas adelante: “ahora bien, ello no supone que recaiga integra la responsabilidad sobre la administración, sino que puede traducirse en una matización a la hora de fijar la indemnización”.

El mismo autor recomienda que en atención a la influencia que la conducta de la víctima haya tenido en la producción del daño, puedan distinguirse tres supuestos:

- Que la falta cometida por la víctima sea la causa exclusiva de la culpabilidad, en cuyo caso la administración quedará exonerada de responsabilidad.
- Que la falta de la víctima no tenga incidencia causal en la producción del daño, en cuyo caso la única responsable será la administración.
- Que la falta cometida por la víctima haya coadyuvado en la producción del daño, en cuyo caso la responsabilidad será proporcional en la medida en que haya tenido influencia la conducta culposa.

En todo caso el Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestra como causa del daño antijurídico, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre su actuación, y el daño causado.

Ahora bien, ya se ha expuesto lo básico sobre el tema de la responsabilidad civil de la administración frente al contratista, pero, el caso inverso también puede darse, o sea, que sea el contratista quien tenga que indemnizar a la administración o a terceros, tanto a nivel contractual como en el extracontractual.

2.10.3 Responsabilidad del contratista

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones del servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio, obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón, la administración debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertas obligaciones del servicio, sin que por ello la actividad pierda el carácter de público. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación, cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a éste particular

²⁶⁴ *Ibíd.* p. 382-400

participe ocasional de la función pública, no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal.

En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse de que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No; la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público²⁶⁵.

No puede olvidarse que no obstante, todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa y no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esa calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo, la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo²⁶⁶.

2.10.3.1 Responsabilidad civil contractual

Al referirse el estatuto contractual en su artículo 51 a la responsabilidad de los contratistas, se limita a expresar que estos “responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en los términos de la ley”. Conjeturadonse de esta manera la responsabilidad civil y por ende, la obligación de indemnizar los perjuicios causados a la contraparte o a terceros o ambos, por motivo de la celebración y ejecución del contrato, siempre y cuando, como ya se ha señalado, las acciones u omisiones que produzcan daño sean atribuibles al contratista.

En otros párrafos se manejó el tema de la responsabilidad de la administración hacia el contratista, ahora, se estudiará la responsabilidad del contratista respecto de la entidad contratante, en la medida que éste incumpla las obligaciones derivadas del contrato, las cumpla parcialmente o morosamente y, por último, cuando las ejecute imperfectamente, esto es, “cuando por ejemplo, utilice materiales de una calidad distinta a la estipulada, o inadecuados al servicio o destinación del objeto del contrato, o cuando los medios utilizados sean inhábiles o no conduzcan al cumplimiento o ejecución del contrato.”²⁶⁷

²⁶⁵ Concejo de Estado. Sala contencioso-administrativo, sección tercera, sentencia del 9 de octubre de 1985. Expediente 1345. Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. En: AYALA CALDAS. Jorge Enrique. Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2002. p. 820.

²⁶⁶ AYALA CALDAS, Op. Cit., p. 820

²⁶⁷ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p.182

2.10.3.2 Responsabilidad civil extracontractual

Habrá lugar a responsabilidad civil extracontractual en la medida en que el contratista, por acciones u omisiones imputables a él o a sus agentes, delictuales o culposas, cumplidas o no en desarrollo del contrato celebrado con la entidad contratante cause a la entidad, a sus agentes, a terceros, o a los bienes de unos y otros, daño. Pero, en relación con la entidad los daños que ésta reciba, sea a sus agentes o a sus bienes, y que este daño no provenga de la violación de una regulación contractual, entonces, se hallan vinculados a la responsabilidad civil extracontractual e indemnización como tales.

“De suerte que todo daño causado a bienes de la entidad o a los representantes de ésta por culpa imputable al contratista, que no signifique o entrañe violación o incumplimiento de alguna de las cláusulas contractuales, dará lugar a proclamar la responsabilidad civil extracontractual.”²⁶⁸

2.10.3.3 Responsabilidad penal

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 consagró que para efectos de la responsabilidad penal: el contratista, interventor, consultor y asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

Para que esta clase de responsabilidad se dé, es necesario que exista previamente una norma penal que la sancione, o sea, que exista en las leyes contemplada como delito. Por lo regular el efecto jurídico contra los autores del hecho es la privación de la libertad, como correctivo principal, esto sin dejar de lado la aplicación de otras sanciones o penas accesorias, como multas e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por determinado período.

Cabe destacar, que en ningún momento puede confundirse la responsabilidad penal con la civil ni tampoco suponer que existiendo una necesariamente se da la otra. El solo hecho de que se haya producido un daño no da lugar al nacimiento de la responsabilidad penal, ya que este tipo de responsabilidad no se limita simplemente a comprometer el patrimonio como en el caso de la civil, sino que ponen en juego la dignidad y libertad del ser. Es por esto, que para que este tipo de responsabilidad se produzca, es necesario que se reúnan mayores condiciones, y entonces se hace necesaria la concurrencia de figuras como la imputabilidad, culpabilidad y punibilidad:

Según la legislación penal, para que una conducta humana pueda ser considerada como punible tiene que reunir tres aspectos, a saber:

²⁶⁸ *Ibíd.* p. 182-183

- Tipicidad.
- Antijuridicidad.
- Culpabilidad.

O en términos de la literatura doctrinaria:

“Hecho punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.” (Código Penal, art., 2).

A continuación encontrará una breve descripción de cada uno de estos términos jurídicos, los cuales contendrán la idea central asociada a cada uno de ellos²⁶⁹:

1. Tipicidad: Grosso modo, la tipicidad se encuentra referida a la definición del hecho punible de manera inequívoca, o sea, es la especificación del alcance y contenido que se hace en la ley sobre las conductas y circunstancias de los seres humanos, para que sean consideradas como injustas desde el punto de vista penal. Como dice la máxima jurídica *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley que previamente los establezca.).

Ahora bien, un *acto típico* en lo penal es aquel contrario a las normas y por ello mismo está integrando de antijuridicidad. Pero ni la previsión legal, ni el acto antijurídico, pueden ser puniblemente cobrados al que lo cometió si éste no es *culpable*, es decir, si el que cometió el acto no *quiso* la conducta o si no la procuró voluntariamente.

2. Antijuridicidad: El autor, en torno a este termino jurídico concluye: “En cuanto al derecho penal colombiano se refiere, la legalidad de la antijuridicidad radica en que además de ser típica una conducta, para que sea punible, requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley, es decir, no es condición suficiente que contraríe la ley sino que materialmente la lesione o ponga en peligro un interés jurídico que se encuentra protegido legalmente. Además, esta conducta no debe aparecer justificada por ninguna circunstancia que la excluya de responsabilidad penal, o que permitan calificarla de jurídica”.
3. Culpabilidad: Básicamente consiste en una acción psíquica que orienta y guía la acción física (FERRI) y ésta resulta contraria a derecho, o sea, que se haya realizado el hecho u omitido lo que por omisión de lugar al delito, con intención (dolo), o por negligencia e imprudencia, sin querer el resultado (culpa). Sobre el

²⁶⁹ FIERRO MENDEZ, Heliodoro. La Responsabilidad Penal en los Contratos Administrativos. Bogotá: Doctrina y Ley, 2001. p. 41-46.

concepto de dolo el Consejo de Estado²⁷⁰ expresa que *"El dolo, significa actuación voluntaria previo conocimiento de la definición típica y de la antijuridicidad. Con otras palabras, obra dolosamente quien sabe que aquello que hace está descrito en la ley como punible y que con ello genera un daño o un riesgo a un bien jurídico."*

Ahora bien, la justicia penal ejerce su competencia mediante la expedición de pronunciamientos como el siguiente de la honorable Corte Suprema de Justicia en la sala de casación penal (1993), fallo que a continuación se extrae de la obra del tratadista BAUTISTA MOLLER²⁷¹, así como comentarios del citado autor que permiten un mayor acercamiento al problema:

"El señor... imputa al senador de la República... la comisión de un delito de CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS, por haber realizado una transacción, por interpuesta persona, con el Municipio de Cúcuta. En el momento de cumplirse el convenio referido se encontraba vigente la Constitución de 1886, que prescribía en su artículo 110, la prohibición para los congresistas, desde el momento de su elección hasta el instante en que perdieran su investidura, de realizar por sí o por interpuesta persona, todo tipo de contrato con la administración pública, a cualquier nivel. ...lo anterior significa que al suscribirse el contrato de publicidad entre la administración del Municipio de Cúcuta y el Diario La Frontera, de propiedad del senador..., se violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que no sólo encuentra respaldo en la Carta Fundamental sino en el decreto 222 de 1983, art. 10-1 (...)"

A lo cual expresa el mencionado autor:

"En esa ocasión se ocupó la justicia de confirmar la privación de la libertad de un senador de la República que, siendo socio de una empresa, ésta celebró un contrato con el Municipio de Cúcuta. Se le imputó al senador, no la autoría del ilícito sino su complicidad en él, habiéndose invocado como norma penal infringida el artículo 144 del Código Penal, titulado "violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades", que requiere para su configuración que el funcionario o empleado oficial "intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades", infracción que de conformidad con la modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, da lugar a prisión de 4 a 12 años y multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes además de inhabilidad por el termino de 10 años para desempeñar cargos públicos y celebrar contrato con las entidades estatales"

²⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. Radicación número 1377. Febrero 21, 2002.

Consejero Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. Actor: Ministro del Interior.

²⁷¹ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p.191

Como se sabe, casos como el antes citado no son más que violaciones al principio de legalidad, principio este que garantiza la *seguridad jurídica*²⁷², ya que permite conocer cuando y por qué motivos las personas pueden ser sancionadas. También con dicho principio se trata de evitar la arbitrariedad o abuso de los servidores públicos, como por ejemplo el del caso anterior de CELEBRAR CONTRATOS DE MANERA IRREGULAR, esto constituye abiertamente un tipo de arbitrariedad por parte de las personas que administran recursos del Estado.

2.10.3.4 Responsabilidad fiscal

Es la misma Constitución Política de Colombia, que en su artículo 267, le confiere a la Contraloría General de la República el ejercicio del control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, función que comprende el “*control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*”

Para el caso que concierne, como es la contratación estatal, la contraloría juega un papel muy importante que en términos generales se resume en: “*verificar que los dineros que hubieren sido entregados a los cocontratantes se hayan efectuado de conformidad con las disposiciones presupuestales y contractuales, y que éstos [los contratistas] los hayan destinado a los fines del contrato.*”²⁷³

Así las cosas, se desprende que toda pérdida de dinero del contrato por negligencia o dolo de los servidores públicos, o los contratistas o particulares vinculados con el proceso, habilitará a la contraloría para determinar responsabilidades fiscales, con el fin de reembolsar esas sumas de dinero por parte de quienes resulten autores de dicha irregularidad que causa perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

A manera de complemento del tema se expone literatura sobre los órganos de control fiscal en Colombia. Se explica como es la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA el organismo independiente de las ramas del poder público encargado de ejercer dicha labor, conjuntamente se presenta también el esquema organizacional básico de dicho ente en Colombia.

2.10.3.4.1 Órganos de control fiscal

El principio de la separación de los poderes planteado de antaño por MONTESQUIEU, se ha venido transformado o evolucionado hasta llegar incluso a la idea de concebir órganos

²⁷² FIERRO MENDEZ, Op. Cit; p 41-46

²⁷³ BAUTISTA MOLLER, Op. cit., p.185

separados de las tres ramas básicas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Con base en esto, es como la Carta Política Colombiana en sus artículos 117 y 119 consagra la existencia de la Contraloría General de la República como uno de esos órganos separados de las tres ramas fundamentales y con objeto de encargarse de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, de acuerdo con las normas consagradas en los artículos 267 a 271 de la Constitución Política. Adicional, se considera la existencia de las contralorías departamentales, distritales y municipales, encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios respectivamente. (C.P., art. 272).

Sobre los organismos sujetos de control fiscal expresa el Consejo de Estado²⁷⁴:

“Concebido como una función pública, el control fiscal comprende no solamente la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración sino también de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, de conformidad con los artículos 267 y 272 de la Constitución. Estas disposiciones superiores tienen su desarrollo en la ley 42 de 1993, para la cual son sujetos de control fiscal, además de los organismos y entidades nacionales, de los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, de los órganos autónomos e independientes como los de control y los electorales, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales y comerciales del Estado y del Banco de la República, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado y las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos”.

2.10.3.4.2 Contraloría general de la república

La Contraloría General de la República se crea con la Ley 42 de 1923 que la considera como departamento independiente de los demás departamentos de la administración. Actualmente, y según la última Carta Política de Colombia *“el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación”.*

La misma norma prevé que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, la cual podrá autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos.

²⁷⁴ Consejo de Estado, sala de Consulta y servicio civil, radicación numero 0765, diciembre 16, 1995, Consejero Ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN.

Asimismo, la Carta Política establece que “*la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*” Mas adelante también se establece que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, pero que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor General de la República, es elegido por el Congreso en pleno para un período igual al del Presidente de la República. Asimismo, la Constitución establece que para ser elegido en este cargo se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener 35 o más años de edad, tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor a 5 años.

2.10.3.4.3 Funciones del contralor

Según la Constitución Política (art., 268), el Contralor General de la República tiene las siguientes atribuciones:

1. *“Prescribir los métodos y las formas de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberían seguirse.*
2. *Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.*
3. *Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.*
4. *Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.*
5. *Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.*
6. *Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.*
7. *Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.*
8. *promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.*
9. *Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.*
10. *Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría.*

11. *Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.*
12. *Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.*
13. *Las demás que señale la ley.”*

Finalmente, según esta norma, es función del contralor presentar a la cámara de Representantes la cuenta general del presupuesto y del tesoro público y certificar el balance de la hacienda presentado al Congreso por el contador general.

En materia de contratación, la Constitución Política ha dicho que *“a solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenará que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública (...)”*.

2.10.3.4.4 Auditoria general de la república

“La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, agregando mas adelante “la ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.” (C.P., art. 274).

En desarrollo de la norma anterior, se expide en Colombia el decreto 272 de 2000 que establece la organización de la auditoria en nivel central (despacho del auditor general de la República, despacho del auditor auxiliar, etc.) y a nivel desconcentrado (gerencias seccionales). Por su parte, el artículo 10 de la ley 330 de 1996, prevé que la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales será ejecutada de la auditoria ante la Contraloría General de la República.

2.10.3.4.5 Contralorías departamentales, distritales y municipales

Es el artículo 272 de la Constitución Política de 1991 que autoriza la creación de contralorías departamentales, distritales y municipales. Así, la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos corresponde a las contralorías departamentales, como unidades técnicas, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, correspondiendo la elección del contralor a las asambleas departamentales para un período igual al del gobernador, y al igual que para el caso del Contralor General de la República, estos no pueden ser reelegidos.

En principio, la gestión fiscal de los municipios y distritos le corresponde a la contraloría departamental, sin embargo, es la misma norma quien prevé que la ley puede dictar normas

especiales relacionadas con contralorías municipales y distritales. Correspondiéndole, a la contraloría departamental la vigilancia de la gestión fiscal a aquellos municipios o distritos en los cuales no exista dicho ente. En caso de existir, los contralores distritales y municipales son elegidos por el consejo respectivo para pequeños períodos de igual duración a los del alcalde y sin posibilidad de reelección.

De destacar es que la organización de las contralorías departamentales, distritales y municipales gozan de autonomía, correspondiendo para el caso de las departamentales a la respectiva asamblea departamental, por lo cual en cada departamento la contraloría podrá tener una estructura diferente. Así mismo, par el caso de las distritales y municipales, corresponden autónomamente al respectivo concejo del municipio o distrito, presentándose la posibilidad de una estructura diferente en cada distrito o municipio colombiano.

Para entender más de lleno el funcionamiento en Colombia de dichos órganos, se recurre al profesor RODRIGUEZ RODRIGUEZ²⁷⁵ quien al respecto infiere:

“De tal manera que como resultado de la autonomía administrativa y financiera de los departamentos, como entidades descentralizadas que son, la Constitución y ley les han reconocido la facultad de organizar su propio control fiscal por intermedio de las contralorías departamentales. Lo anterior implica que estas contralorías de los departamentos no son dependencias generales de la contraloría general de la república, sino que son autónomas respecto de ella”.

Agregando mas adelante que la *“contraloría general de la república tiene dependencias regionales, las cuales son parte de su estructura interna necesaria para ejercer el control fiscal sobre las dependencias nacionales que tengan asiento en los departamentos, pero estas dependencias no hacen parte en ninguna forma de la respectiva contraloría departamental”.*

2.11 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

2.11.1 Peculado

Se sanciona esta conducta en la medida en que una mala administración de los bienes confiados al servidor público, en razón o con ocasión de sus funciones, incide de forma negativa en la correcta administración del Estado. Para Luis Carlos Pérez²⁷⁶ el delito de peculado en su más amplio sentido -sea cual fuere la clase de conductas dirigidas a lesionar el interés patrimonial de la administración oficial- no se distingue por la naturaleza de los bienes afectados ya que lo reprochable para el funcionario es la ruptura de la confianza que las autoridades le han depositado a fin de que éste vele directa o indirectamente por las

²⁷⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 159-160

²⁷⁶ PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Bogotá: TEMIS. 1990. p.29

cosas que se le entregan o se dan bajo su administración. Esta figura también se ha conocido como “malversación” o mala administración, ya que el delito se estructura cuando se administra mal o se hace un uso inadecuado de bienes del Estado o de particulares cuando han sido confiados al servidor público en razón de su investidura. Esta clase de delito se encuentra tipificado en las siguientes clases, a saber:

2.11.1.1 Peculado por apropiación

El delito se encuentra definido en el artículo 397 del Código Penal Colombiano y describe la conducta a través de la cual un funcionario público se apropia para sí o para terceros de bienes del Estado o de Empresas o Instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

Como bienes del Estado se conocen todos aquellos muebles e inmuebles en el cual es titular la Nación, también las empresas o instituciones en que el Estado tenga parte, los bienes o fondos parafiscales, y en algunos casos los bienes de particulares que se encuentran bajo custodia o administración del Estado.

Dentro de la noción de Estado, se entienden las entidades territoriales que la Constitución Política contempla, es decir todo el sector de la Administración pública; pertenecientes a la entidades territoriales que la Constitución Política contempla, en donde además de la división general del territorio están las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado; son entidades territoriales los Departamentos, los Distritos, los Municipios y los Territorios Indígenas.

Los bienes de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio como calles, colegios públicos y hospitales. Estos bienes conforme a las leyes pertenecen a todos los habitantes del territorio.

Los bienes fiscales son bienes del Estado cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, ya que estos están expresamente destinados al cumplimiento de fines o cometidos oficiales. Los bienes fiscales son aquellos bienes de las personas públicas que no son de uso público, conformando así el llamado dominio privado del Estado, como ejemplo de este tipo de bienes se pueden señalar las instalaciones del Palacio de Justicia, de la Universidad Industrial de Santander o del comando de Policía, entre otros.

Cuando el Código Penal señala las Empresas o Instituciones en que el Estado tenga parte, esta aludiendo a bienes que pertenecen a los establecimientos públicos, a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Según el tratadista

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ²⁷⁷ los establecimientos públicos hacen parte junto con las superintendencias y las unidades administrativas especiales, de los llamados organismos adscritos y desde el punto de vista de la centralización y de la descentralización, los establecimientos públicos junto con las Empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las demás entidades nacionales con personería jurídica, conforman el grupo de las llamadas entidades descentralizadas por servicios o sector descentralizado que se opone al sector central, representado por la persona Jurídica Nación, de la cual hacen parte la presidencia de la República, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Los recursos parafiscales son aquellos ingresos del Estado que se manejan extrapresupuestalmente a fin de agilizar su manejo y permitir cierta autonomía de disposición a las entidades que los perciben. Las contribuciones parafiscales son prestaciones a cargo de determinadas personas jurídicas mixtas provenientes de la descentralización por colaboración como la cámara de comercio y federación nacional de cafeteros, o de derecho público como el Instituto de los seguros sociales. La importancia de estos señalamientos hechos, reside en que las contribuciones provenientes de tales recursos también pueden ser objeto del delito de peculado.

Los bienes de particulares también pueden ser objeto del delito, siempre y cuando le hayan sido entregados al servidor en razón o con ocasión de sus funciones y que éste tenga la obligación de administrar, tener o custodiar como cuando se embarga un bien y por lo tanto queda bajo la custodia de un funcionario público.

2.11.1.2 Peculado por uso indebido

Descrito en el artículo 398 del Código Penal, plantea el uso indebido en el cual puede incurrir el servidor público sobre los bienes que se le han confiado en razón de sus funciones. El delito puede manifestarse en dos modalidades, a saber: usar o permitir que otro use. El uso indebido es el que no está permitido por la norma y del que el funcionario puede obtener algún provecho para sí o para otro. No sería peculado por uso el caso del servidor público que usa el bien para un *objeto oficial* distinto de aquel señalado por la norma. El peculado exige siempre la existencia de un propósito de aprovechamiento por parte del autor. En el fondo se trata de un delito en sus modalidades más importantes contra el patrimonio estatal.

Tratándose de peculado por uso no se requiere daño o deterioro material de los bienes de que allí se trata, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del funcionario o empleado en el manejo de las cosas que se le han confiado por virtud de sus funciones y que conlleva a que haya desconfianza en el servicio público; las conductas que

²⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: 2 ed. Bogotá: TEMIS. 2000. p. 96.

se pueden presentar son múltiples y variadas como lo señala Luis Carlos Pérez²⁷⁸ “ El director de un museo oficial que saca un cuadro para arreglar su casa en ocasión determinada, y lo devuelve al día siguiente a su lugar; el administrador de un establecimiento que sale de viaje en los caballos destinados a la reproducción; el piloto aviador que acumula en la cabina mercancías de su propiedad o la de sus amigos; el empleado que convierte su oficina en un centro de citas o de negocios o que utiliza las máquinas oficiales para producir cosas particulares, etc.”.

2.11.1.3 Peculado por aplicación oficial diferente

Descrito en el artículo 399 del Código Penal, en otros países para este delito se ha preferido hacer referencia a la figura mas estrictamente en relación a la acción descrita en ella, denominándola aplicación indebida de caudales públicos, porque en efecto como lo señala el tratadista CREUS²⁷⁹, la conducta injusta apunta a la irregular inversión y aplicación de bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, que se menoscaba con la afectación de los mismos a fines que no sean los legalmente determinados aun cuando sean de carácter administrativo: los bienes públicos deben cumplir la función que se les asigna en los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo. El presupuesto de las entidades públicas es el reflejo de una decisión política que implica el señalamiento de objetivos y prioridades; es esa decisión política la que no puede variar el funcionario a su arbitrio, dándole a los bienes una aplicación oficial distinta.

La característica fundamental de esta modalidad de peculado consiste en que el agente no persigue con su comportamiento la consecución de provecho alguno, para sí o para un tercero. En el fondo lo que se sanciona es la desobediencia del funcionario a las normas presupuestales o contractuales de la administración, y a partir de la Constitución Política de 1991 también se protege la voluntad popular expresada en la aprobación del presupuesto.

2.11.1.4 Peculado culposo

Se encuentra consignado en el Código Penal en su artículo 400 y en términos generales se explica así: Los bienes del Estado y de los particulares cuando se le han confiado pueden resultar afectados no solamente por acciones intencionales sino también por imprudencia o imprevisión del sujeto agente; el reproche jurídico se deriva de la omisión de cuidado por parte del agente. Respecto del peculado esa omisión del deber de cuidado es la que genera el extravío que supone la desaparición del bien sin posibilidad de recuperarlo, por ejemplo un robo del objeto; la pérdida que implica la desaparición del bien por destrucción, por

²⁷⁸ PÉREZ, Op. cit., P. 38

²⁷⁹ CREUS, Carlos. Delitos Contra la Administración Pública. Buenos Aires: ASTREA. 1981. p. 67

ejemplo como resultado de un incendio; mutación de su naturaleza, apropiación de un tercero o el daño que es cualquier alteración que afecta en forma considerable la sustancia y valor económico del bien.

En la administración pública existen muchos casos en que el peculado culposo representa un daño superior del que se pueda generar en peculados intencionales o como lo llama el Derecho: en peculados dolosos. Piénsese el caso por ejemplo de los bienes objeto de extinción de dominio como automóviles, avionetas, obras de arte, los cuales se encuentran abandonados en bodegas generando un lucro cesante y por consiguiente un daño patrimonial para la Nación. El servidor público que administra bienes se constituye en garante de su buen uso, destino e inversión, so pena de incurrir en responsabilidad a título culposo.

2.11.1.5 Circunstancias de atenuación punitiva

Es de anotar que en lo referente a los delitos de peculado descritos anteriormente, el Código Penal en el artículo 401, estableció un atenuante o disminución de la pena para quien incurre en esta conducta, consiste esto en que sí antes de iniciarse la investigación el servidor público, por sí o por tercera persona, hace cesar el mal uso, repare lo dañado o reintegre lo apropiado, perdido, extraviado o su valor.

2.11.2 Concusión

La descripción típica se encuentra en el artículo 404 del Código Penal y es tal vez uno de los atentados más graves contra la administración pública, como quiera que el agente que realiza el comportamiento abusa del cargo o de la función que el Estado le ha confiado para obtener un provecho indebido; esta conducta exige que el funcionario “abusando” de su cargo o de sus funciones obligue o induzca a alguien a dar o prometer así mismo o a un tercero, dinero u otra utilidad indebida. No basta que el autor del comportamiento tenga la calidad de funcionario público sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus funciones; ha de existir una relación causal entre el cargo y las funciones que le son ajenas, y el comportamiento de inducción, constreñimiento, solicitud de dinero o cualquier otra utilidad.

El medio usado no tiene que ser siempre la imposición violenta de la voluntad del funcionario o de su primacía como autoridad, sino que puede consistir en procedimientos indirectos; no es necesario que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto pasivo o víctima sea puesto por el agente en condiciones de deber adherirse a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, siempre que no le sea posible resistirse.

Por otra parte es cierto que la utilidad indebida es generalmente de carácter económico, pero puede serlo de otro orden. Hay concusión cuando el empleado obliga al particular, por

ejemplo a conseguir un empleo para un pariente, a ser presentado ante alguien u obtener cualquier prestación indebida.

2.11.3 Cohecho

Es también conocido comúnmente como “corrupción” y es la “venta” de la función pública por parte del servidor; puede cometer el hecho tanto el servidor público que acepta o recibe, como el particular que dé u ofrezca dinero u otra utilidad al servidor público. De este delito se desprenden las siguientes clases:

2.11.3.1 Cohecho propio

Consagrado en el Código Penal artículo 405. Esta es la forma mas grave de cohecho, como quiera que la recepción de la dádiva como regalo u obsequio, o la aceptación de la promesa estén encaminadas a la ejecución de una acción ilegal. Esta puede consistir en omitir cumplir un deber por parte del funcionario, o en ejecutar un acto contrario a las normas legales.

2.11.3.2 cohecho impropio

Consagrado en el Código Penal artículo 406. Se denomina así esta especie de cohecho por cuanto el servidor público se limita a recibir dinero por el cumplimiento de su deber. Los elementos de esta figura son similares a los del cohecho propio. Como es evidente es un delito de menor entidad por cuanto el funcionario simplemente recibe dinero por el cumplimiento de su deber; el servidor público afecta con su comportamiento la administración pública, no porque ejecute acciones ilegales, sino porque habitualmente el Estado le paga sueldo por el cumplimiento de sus funciones, y por ende cualquier otra prestación que reciba por el mismo concepto de parte de los particulares es evidentemente ilícita.

2.11.3.3 Cohecho por dar u ofrecer

Contenido en el Código Penal artículo 407. La conducta consiste en “dar” u “ofrecer” al servidor público para los casos señalados anteriormente, dinero o alguna otra utilidad. En el caso de que el sujeto activo, bien sea este un particular u otro funcionario del Estado dé al servidor público ambos cometen el delito, es decir quien da como quien recibe; en cuanto al ofrecimiento supone la acción delictuosa solamente para el particular, cuando el servidor público rechaza la propuesta indebida.

2.11.4 Celebración indebida de contratos

Contenida en el Código Penal artículo 408. Consiste en la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Incorre en este delito el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales sobre inhabilidades e incompatibilidades. La acción del agente solo es punible en la medida en que la tramitación, aprobación o celebración viole dicho régimen. De acuerdo a esto no incurrirá en delito quien con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, intervenga en la etapa de ejecución o liquidación de un contrato, si se tiene en cuenta que de acuerdo con la ley 80 de 1993 las etapas de contratación son las de preparación (pliego de condiciones. Art., 24 numeral 5°), licitación o concurso público (Art. 24 numeral 1°), celebración (Art.39 y 41), ejecución y liquidación (Arts. 60 y 61).

Las inhabilidades e incompatibilidades son aspectos que tocan con la capacidad para contratar y en los cuales la ley indica quienes no pueden celebrar un contrato con una entidad estatal a pesar de ser legalmente capaces para otros actos jurídicos, como por ejemplo, realizar negocios entre particulares o tramitar un pasaporte o una visa. Las inhabilidades se han definido como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada para un cargo público y en ciertos casos impidan que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él, y tiene como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Se denominan inhabilidades e incompatibilidades las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad y sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar. Las inhabilidades se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impide la celebración de cualquier contrato de tipo estatal y con cualquier entidad del Estado por un tiempo determinado según el delito en que haya incurrido.

Por otro lado, las incompatibilidades se predicen respecto de la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad, en razón a las vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco y vínculo de afecto o interés; la incompatibilidad mira la simultaneidad de actividades para evitar la existencia de intereses contrapuestos en el titular de la función. La inhabilidad está relacionada con circunstancias que constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades públicas que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de actitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte de una relación contractual con dichas entidades como por ejemplo quien a través de una sentencia judicial haya sido condenado a la interdicción de derechos y funciones públicas o quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, estos son algunos de los eventos que contempla la ley 80 de 1993 en cuanto al régimen de

inhabilidades e incompatibilidades para contratar que comprometen la independencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones por estar afectada su capacidad.

No solamente quien firma el contrato incurre en el delito, sino todos los demás funcionarios que de una y otra forma intervienen en el proceso de “tramitación” del contrato. Pueden cometer el delito entre otros: los directores administrativos y financieros de las entidades públicas, los jefes de oficinas jurídicas, los asesores técnicos o jurídicos que emitan un concepto dentro del proceso de contratación, etc.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 consagró que para efectos de la responsabilidad penal: el contratista, interventor, consultor y asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas y están sujetos a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

Si se llegare a concluir un contrato en el que intervengan personas incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la consecuencia de ello sí se concluye el contrato sería la nulidad absoluta del mismo, pero no puede ser declarada administrativamente por la entidad contratante, sino que se requiere pronunciamiento judicial, esto es, que el fallo sea emitido por el juez en lo contencioso-administrativo. Sin embargo la Ley 80 de 1993 (artículo 45) previó un mecanismo administrativo para impedir la marcha en la ejecución de un contrato viciado de nulidad cuando se presente la inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, consistente en que el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato, mediante acto administrativo debidamente motivado, y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Tal actuación no implica la declaratoria de nulidad del contrato pero sí la cesación de sus efectos para con la entidad estatal contratante por declarar nulo el acto en que se funda.

2.11.5 Interés indebido en la celebración de contratos

Contenido en el Código Penal artículo 409. Anteriormente se denominaba “*negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas*”; es una de las formas que de manera más directa afecta la contratación administrativa, pues en ella existe la intención del agente del Estado de obtener un provecho para sí o para otro con la celebración del contrato estatal. Afecta la honestidad en el desenvolvimiento de la actividad contractual del Estado. Para efectos de la responsabilidad penal también responde el particular cuando cumple funciones públicas como contratista, interventor, consultor o asesor, puesto que según la ley 80 de 1993, está sujeto a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

2.11.6 Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Contenido en el Código Penal artículo 410. Incurre en esta conducta el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos. El sujeto activo es el servidor público pero también pueden incurrir en la conducta

los contratistas, interventores o asesores quienes se consideran particulares que cumplen funciones públicas, adquiriendo la calidad de servidores públicos y perfilándose como eventuales sujetos activos del delito.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son solemnes, pues se perfeccionan cuando se logra el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y esto se lleve a cabo por escrito. Por su parte el artículo 39 ibídem al señalar la forma de los contratos, es terminante al disponer que constaran por escrito y lógicamente serán suscritos, con lo cual se concluye que en la contratación estatal no hay contratos verbales. Cabe mencionar aquí las situaciones de excepción legal, como sería el caso de la contratación de urgencia manifiesta.

2.11.7 Tráfico de influencias del servidor público

Contenido en el Código Penal artículo 411. Incurrir en esta conducta el servidor público que utilice indebidamente en provecho propio o de terceros, influencias derivadas del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de otro servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer. Para que se configure el delito es indispensable recibir o hacerse prometer para sí, nunca para el funcionario, pues en estos casos el delito recibe distinta denominación jurídica.

2.11.8 Enriquecimiento ilícito

Se trata de un delito contemplado en el Código Penal artículo 412, se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y que para que se configure requiere de la intencionalidad. Si las pruebas aportadas durante un proceso penal permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto por ejemplo de un peculado, o de un cohecho, entre otros; al servidor público se le condenará por aquellos delitos, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito; por lo que se afirma que este tipo de delito tiene un carácter subsidiario: ya que la ley lo somete o supedita a que la conducta no configure otro delito.

2.11.9 Prevaricato

2.11.9.1 Prevaricato por acción

Se encuentra en el artículo 413 del Código Penal y consiste en el hecho de que un empleado oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. Es de la esencia de tal ilícito, la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicables en cada caso. Es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustas en el sentido de que se aparten claramente del derecho, sin que importe los motivos que el empleado judicial tenga para ello.

Cabe resaltar que resolución se entiende no solamente la providencia emitida por autoridad judicial, sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones conferidas por la ley.

2.11.9.2 Prevaricato por omisión

Describe el Código penal en el artículo 412 que incurre en esta conducta el servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones. Según el tratadista FERREIRA DELGADO²⁸⁰ se entiende como omisión la no ejecución de un acto propio de sus funciones con conciencia del deber omitido y sin dar razones para ello. Si la omisión es sobre aspectos o partes de lo debido actuar, entonces obtiene el nombre de reticencia.

2.11.9.3 Prevaricato por asesoramiento ilegal

Incurre en esta conducta el servidor público que asesore, aconseje o patrocine de manera ilícita a persona que gestione cualquier asunto público de su competencia.

2.11.10 Abusos de autoridad y otras infracciones

2.11.10.1 abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto

Describen el tipo penal del artículo 416 del Código Penal que el empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto. El acto arbitrario consiste en la actitud psíquica de quien voluntaria y conscientemente sustituye el propio capricho y los fines personales a la voluntad de la ley y al interés público. Lo injusto es simplemente lo contrario al derecho y la noción, así, es más amplia que la del acto arbitrario que ya no requiere ninguna finalidad específica.

Como conductas que se encuadran dentro del capítulo referente a los abusos de autoridad y otras infracciones, también se encuentra la revelación de documentos o asuntos sometidos a reserva por parte del servidor público, la utilización indebida de información privilegiada, la intervención en política y el empleo ilegal de la fuerza pública.

2.11.10.2 Usurpación y abuso de funciones públicas

Usurpar es apoderarse de una propiedad o derecho que legítimamente le pertenece a otro, también arrogarse dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios. El Código Penal en el capítulo referente a la usurpación y abuso de funciones públicas, señala las sanciones para los particulares que ejerzan sin autorización legal funciones públicas,

²⁸⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá: TEMIS, 1992, p. 35.

que simulen investidura, cargo público o pertenecer a la fuerza pública; igualmente esta señalada una sanción para el servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan.

2.12 ACCIONES DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo esta creada para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado y es ejercida por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos.

2.12.1 Acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa

La jurisdicción contencioso- administrativa se encarga de los hechos, actos, omisiones, operaciones administrativas los cuales, por disposición Constitucional, se pueden controlar mediante el ejercicio de las siguientes acciones principalmente:

1. Acción de Nulidad
2. Acción de Reparación Directa
3. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
4. Acción de Controversias Contractuales

2.12.2 Acción de nulidad

Se encuentra contemplada en el Código Contencioso Administrativo artículo 84. Esta acción consiste en que una persona solicita al juez que declare que un acto administrativo es violatorio de una norma jurídica superior, solicitando de esta manera se decrete su anulación.

En Colombia un acto administrativo puede ser violatorio de una norma superior por medio de las causales de ilegalidad, estas son²⁸¹:

- Inconformidad total o parcial con la norma superior.
- Incompetencia del órgano y/o servidor público.
- Vicios de la voluntad del emisor del acto.
- Vicios de forma o procedimiento en la formación.
- Desvío de poder.
- Ilegalidad en relación con el objeto.
- Falsa motivación.
- Falta de motivación.

²⁸¹ LAMPREA RODRIGUEZ, Op. Cit., p. 92-93

- Violación del derecho de defensa.
- Quebranto del debido proceso.

Por último, cabe destacar que la acción de nulidad es una acción pública, ya que la puede interponer cualquier persona y en cualquier tiempo. Esta acción se usa sobre todo en la anulación de actos administrativos cuando violan normas de superior jerarquía.

2.12.3 Acción de reparación directa

Contemplada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. La reparación directa *“consiste en que la persona que acredite interés podrá pedir directamente la reparación de un daño causado por la administración, cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos.”*²⁸²

2.12.4 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Consagrada el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho solo puede ser interpuesta por la persona afectada de manera directa con la decisión administrativa viciada. Esta acción *“consiste en que una persona perjudicada por un acto administrativo solicita al juez que decrete la nulidad de ese acto por ser contrario a una norma jurídica superior, pero que, además, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”*.²⁸³

2.12.5 Acción de controversias contractuales

Las acciones contractuales se hallan contempladas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Estas acciones consisten en que cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones contractuales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se ordene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se haga otras declaraciones y condenaciones.²⁸⁴

2.12.5.1 Antecedentes

Históricamente los planteamientos de la Doctrina Francesa fuente de inspiración de la legislación colombiana desarrolló de manera general lo concerniente con los conflictos contractuales, sin embargo dada la tendencia individualizadora de la legislación colombiana se han creado las acciones autónomas y específicas para su desarrollo. Es así como en

²⁸² RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 225

²⁸³ *Ibíd.* p. 224

²⁸⁴ *Ibíd.* p. 224

virtud de esto, entra en vigencia el Decreto 01 de 1984, o sea, el Código Contencioso Administrativo, el cual trajo consigo las llamadas “*Acciones Relativas a Contratos*”, las cuales agrupaban en un solo mecanismo procesal las variadas hipótesis de diferencias propias del contrato. Tiempo después el Legislador a través del artículo 17 del decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo “De las Controversias Contractuales” y Recientemente el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservo la misma denominación para esta acción.

2.12.5.2 Concepto

“Esta acción le corresponde ejercerla a cualquiera de las partes de un contrato Estatal para pedir que se declare su existencia o su nulidad, y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios.” (Art. 87 C.C.A., modificado por el artículo 446 de 1998) este proceso se adelanta con las ritualidades propias del procedimiento ordinario.

Según el artículo anterior se observa que se pueden hacer diferentes clases de pretensiones, el tratadista LAMPREA RODRÍGUEZ²⁸⁵ muestra una clasificación de éstas en la acción de controversias contractuales, dentro de las cuales se pueden pedir:

a) *“Que se declare la existencia del contrato, cuando los elementos del acuerdo de voluntades son imprecisos”.*

b) *“Que se declare la nulidad del contrato, por contener una causal o varias que lo hacen anulable”. Entre ellas se tienen las causales de nulidad absoluta que se consagran en el Código Civil las cuales se presentan cuando:*

- *Exista objeto o causa del contrato ilícitos, caso en el cual el legislador no sólo sanciona el contrato con su pérdida de vigencia, sino también al contratista involucrado reconociéndole una suma equivalente al beneficio obtenido por el Estado con la ejecución del objeto pactado (inciso 2º Art. 48 de la ley 80 de 1993).*
- *Incapacidad absoluta de las partes contratantes o de una de ellas.*
- *La falta de solemnidades que se constituyen un requisito para la legalidad del contrato.*

c) *“Que se den las condenas o restituciones correspondientes”.*

d) *“Que se ordene su revisión”. La ley no precisa la materia sobre la cual se puede adelantar la revisión. El sentido común conduce a pensar que se puede realizar sobre la*

²⁸⁵ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. Manual de Derecho Contencioso Administrativo, Control Fiscal, Jurisdicción Coactiva. Bogotá: LEGIS, 2003. p. 362.

materia que hace considerablemente más gravoso el incumplimiento (equilibrio económico del contrato), o lo haga imposible; o para corregir un grave error que lo haga inconveniente, si no se advirtió antes de pasar a la ejecución del objeto contractual.

e) "Cuando el contratista, o la administración, incurren en incumplimiento, como condena adicional se pide que el responsable indemnice el perjuicio causado". El contratista puede reclamar los perjuicios debidos al incumplimiento de la administración pero no por lo que tuvo que hacer para adquirir el status de contratista. De ahí que los gastos ordinarios como son el costo del pliego de condiciones, publicaciones, constitución de garantías, entre otras, la jurisdicción contencioso administrativa no los considere como gastos susceptibles de indemnización.

Sin embargo, si hay indemnización en el caso que esos mismos gastos puedan constituir perjuicios, como por ejemplo, cuando la administración por simple capricho y de manera desconsiderada, interrumpe un proceso de adjudicación declarando desierta la licitación.

f) "Hay lugar como efecto del contrato a otras declaraciones y condenas."

De otra parte, y sin perder de vista que La ley 80 de 1993 en el artículo 44 consagra las siguientes causales de nulidad absoluta:

1. Inhabilidad e incompatibilidad, se presenta cuando la persona que celebra el contrato sufre de alguna inhabilidad o incompatibilidad de carácter constitucional o legal.
2. Violación de prohibición constitucional o legal, que es cuando la entidad estatal celebra el contrato y existe una prohibición señalada por la Constitución o las leyes.
3. Desvío de poder, ocurre cuando actúa el servidor público competente en aquellas circunstancias que el derecho nacional califica como desviación de poder.
4. Abuso de poder, cuando el servidor público celebra contrato pero desbordando los precisos límites de su competencia, esto comúnmente se denomina: extralimitación de funciones.
5. Acto administrativo nulo, cuando el contrato estatal se funda en un acto administrativo nulo en sede judicial; luego la norma exime demandar el contrato, cuando se acusa el acto que le da origen.
6. Desconociendo de la oferta nacional, cuando la entidad estatal no garantiza la participación de oferentes nacionales en condiciones competitivas frente a oferentes extranjeros.

En los contratos estatales la nulidad absoluta se puede alegar por:

1. Las partes en el acto o contrato.
2. El agente del ministerio publico.

3. Cualquier persona, esto en atención a la participación comunitaria y la vigilancia y control ciudadano (Ley 80/93, art. 66)
4. O declarada de oficio.

2.12.5.3 Consecuencias de la declaración de nulidad absoluta

Como consecuencia a la declaración de nulidad se tiene: “*Liquidación inmediata del contrato, por lo cual deberá hacerse los reconocimientos mutuos y los correspondientes pagos de las prestaciones ejecutadas hasta el monto en que quede en firme dicha declaratoria.*”²⁸⁶

Hay que tener en cuenta que la acción de controversias contractuales no corresponde a todos los asuntos venideros del contrato, dentro de esta acción solo se pueden enmarcar los actos proferidos dentro de la *ejecución del contrato*; los actos separables a éste, es decir los actos previos que estén encaminados a la actividad contractual serán acusables por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según el artículo 87 del C.C.A.

2.12.5.4 Características de la acción

Dentro de las principales características de la acción de controversias contractuales, se tienen las siguientes:

- La Administración contratante puede ser parte demandada o demandante.
- Debe establecerse el caso concreto para definir si se requiere o no del agotamiento de la vía gubernativa (recursos de reposición, apelación y queja). Realmente no se disponen de requisitos especiales, diferentes de los de oportunidad y jurisdicción para el ejercicio de esta acción.
- La competencia por razón del territorio, en los asuntos del orden nacional, se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato; si éste comprendiere varios departamentos, será competente el tribunal, a elección del demandante (C.C.A., art. 134, num. 2, literal d).
- Proceden las figuras de denuncia del pleito, llamamiento en garantía, presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (C.C.A., art. 217); también procede el allanamiento a la demanda, siguiendo las previsiones del Código de Procedimiento Civil (SOLANO SIERRA). Para mayor entendimiento se observan las definiciones de cada una de estas mencionadas figuras:

²⁸⁶ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 580.

2.12.5.4.1 Denuncia del pleito

La denuncia del Pleito es el derecho que tiene el demandado para hacer conocer de su obligado el pleito que le promueve; ya que en todo proceso puede el demandado denunciar el pleito y se realiza juntando un escrito de denuncia acompañado de prueba siquiera sumaria (prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida), que indique el derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias.

Dicha denuncia tiene un tiempo para presentarla el cual debe ser en la demanda o dentro del término para contestarla, según sea el caso. A su vez el denunciado en un pleito está facultado para denunciarlo en la misma forma que el demandado principal. Promueve

2.12.5.4.2 Llamamiento en garantía

El llamamiento en garantía es la figura procesal por medio de la cual el demandado, por tener soporte jurídico o vínculo contractual, pide que un tercero lo indemnice del perjuicio que llegare a sufrir, o el pago, total o parcial, de lo que debe él pagar en consecuencia de la sentencia. La oportunidad para proponer el llamamiento en garantía, es el término que tiene el demandado para contestar la demanda.

El demandado puede pedir la citación del tercero para que se resuelva en el mismo proceso sobre dicha relación. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de que la administración sea obligada a pagar una indemnización por un daño o perjuicio causado a una persona por un hecho o actuación de un agente suyo, pero es la misma administración la encargada luego de repetir contra éste la indemnización que tuvo que pagar.

2.12.5.4.3 Demanda de reconvención

Dentro del proceso de controversia contractual, el demandado puede presentar demanda de reconvención si existe mérito para ésta; es decir, una contra-demanda del demandado inicial hacia el demandante inicial teniendo en cuenta que sea por motivos que estén incursos en la primera demanda. Esta se debe presentar dentro del término de contestación de la demanda. Para presentarla debe cumplir los requisitos de competencia y trámite, es decir que el tribunal que conoce de la demanda sea competente para la de reconvención y además que se tramite por la misma vía procesal.

2.12.5.4.4 Allanamiento de la demanda

Esta figura puede darse dentro del proceso de controversias contractuales, la cual consiste en que el demandado en la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia puede sujetarse sin condiciones de ninguna clase al derecho que solicita el actor o demandante en toda su extensión, aceptando su legitimidad y las circunstancias reales en

que se sustenta; es decir una renuncia inequívoca a continuar el proceso, acompañado de la confesión de los hechos afirmados por el demandante, por lo cual se da una terminación anticipada al proceso.

Sin embargo, en estos casos el juez puede rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando piense que puede haber fraude o cuando lo solicite un tercero que intervenga en el proceso como parte principal. Cuando sean varios los demandados y se allane uno o varios, esto no afectará a los otros y el proceso sigue con quienes no se allanaron.

2.12.5.4.5 Caducidad de la acción contractual

Por regla general la acción caduca a los dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirven de fundamento.

Sin embargo la ley en su artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, ha clasificado los momentos específicos desde cuando se empieza a contar el plazo para la caducidad, de acuerdo a la clase de contrato:

“En los contratos de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.

”En los que no requieran la liquidación a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa.

”En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta.

”En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acta que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

”La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el ministerio público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fue superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

”La nulidad relativa del contrato deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.”

Debe tenerse en cuenta que si no se ejerce la acción dentro de los plazos señalados, se extingue el derecho al control jurisdiccional; por lo tanto no se dará curso a la demanda, esto es a lo que en la jerga del derecho se le denomina: *inadmisión*. También puede suceder que al momento de proferir sentencia se declarara que la acción no se ejerció dentro del término establecido y se señala la extemporaneidad de la acción²⁸⁷.

2.12.5.5 Procesos ejecutivos derivados de la acción contractual

“En Colombia tradicionalmente los procesos ejecutivos derivados de la acción contractual le habían sido atribuidos a la jurisdicción Contenciosa Administrativa o incluso a la jurisdicción coactiva. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, a través de una discutible decisión de la Sala plena de lo contencioso administrativo” (...) *“se consideró que todo lo relacionado con procesos de ejecución coactiva de un contrato estatal era competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.”*²⁸⁸

En sentencia de Noviembre de 1994, la sala plena de la Corporación anota que: *“(...) La norma trascrita claramente se infiere que la Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata en este último caso de procesos de ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial (...)*”²⁸⁹

Esta posición fundamentada en que la Corporación ha tenido en cuenta el principio de que el juez de la acción debe ser el mismo de la ejecución. *“La acción ejecutiva caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad será señalada por la ley o por la prevista por la respectiva decisión judicial.”* (Artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, numeral 11°).

En conclusión todas las ejecuciones derivadas de las obligaciones proferidas en las sentencias emitidas por impulso de una acción de controversias contractuales se llevarán por esta misma jurisdicción y se tendrá como plazo máximo 5 años para su ejecución.

2.13 ÉTICA EN LA INGENIERÍA

Ningún profesional se encuentra exento de cometer errores en el normal ejercicio de sus actividades profesionales. Es así como en las diferentes ramas del saber, los profesionales

²⁸⁷ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Práctica Administrativa*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda. 6 ed. 1.999. p. 254.

²⁸⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, 1998. Op. cit., p. 588

²⁸⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente S-414Auto de noviembre 29 de 1994. Consejero Ponente: GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

incurren en errores, impericias, negligencias o imprudencias que traen como consecuencia diferentes tipos de daños que no necesariamente son competencia de los tribunales judiciales, como los ordinarios o los contencioso-administrativos, entre otros.

En gran parte de los casos, las fallas se producen en el actuar técnico y científico, esto debido a sucesos como: errores en los cálculos, en los procedimientos aplicados, en los programas de computador o en la interpretación de los resultados por estos arrojados. En fin, es casi infinita la enumeración completa de este tipo de fallas que se presentan en las áreas del conocimiento con especial incidencia estadística en profesiones como la medicina, el derecho y las ingenierías.

Adicional a las causas técnicas y científicas, los daños muchas veces se producen debido a actuaciones profesionales que desbordan las normas éticas y los lineamientos profesionales, por ejemplo, cuando se busca es el enriquecimiento personal y no la calidad técnica exigida, al usar de manera secreta materiales de baja calidad y por consiguiente bajos precios, o cuando se actúa con ligereza y descuido en las tomas de decisiones donde se le confía y se espera del profesional una decisión responsable basada en sus conocimientos adquiridos en las instituciones universitarias o de formación profesional.

Según el tratadista MARTÍNEZ RAVE²⁹⁰:

“El ejercicio de las profesiones debe ceñirse a los mas estrictos cánones éticos y morales y deben ejercerse responsablemente, con seriedad, destreza, dedicación, respetando los derechos, intereses y patrimonio de quienes solicitan sus servicios.”

Agregando mas adelante “no pueden los ingenieros solidarizarse con quien por descuido, impericia, negligencia, construye obras como edificios, puentes, etc. que rápidamente se deterioran por fallas elementales en la construcción o en los materiales. En fin, como en todas las actuaciones humanas, existen profesionales muy buenos, regulares, malos y muy malos. No puede darse el colegaje o solidaridad con quienes no respetan su actividad, con quienes traicionan la confianza que se les depositó, con quienes con su conducta destruyen el buen nombre de su profesión.”

2.13.1 Responsabilidad ética

La existencia de normas, reglas o pautas con carácter específicamente profesional que deben respetarse en el ejercicio de las actividades profesionales, ha constituido lo que se conoce con el nombre de Códigos de Ética.

²⁹⁰ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. 9 ed. Bogotá: Biblioteca jurídica DIKE.1996. p. 482.

Básicamente estas son normas de comportamiento que exigen del profesional que los acata una conducta correcta y de buena fe, que rezan de manera diferente para cada profesión o actividad, pero que convergen a un mismo fin: ser normas del buen comportamiento profesional.

La responsabilidad ética surge cuando un profesional desconoce estas reglas del buen comportamiento y actúa contrario a ellas, desbordando sus límites profesionales y trayendo consigo los consecuentes daños en la comunidad profesional donde se desempeña. Las consecuencias previstas por el Estatuto o Código Ético son en el mayor de los casos, consecuencias o sanciones de carácter profesional, a saber²⁹¹:

- Amonestaciones verbales o escritas.
- Llamadas de atención privadas o públicas.
- Suspensiones temporales para el ejercicio de la actividad profesional.
- La pérdida o cancelación de las autorizaciones para ejercer la actividad profesional.

2.13.2 Tribunales éticos

Los tribunales éticos son los encargados de imponer las consecuencias previstas en los códigos éticos, y contrario a los tribunales civiles o penales, estos en ningún momento pueden llegar a imponer indemnizaciones ni mucho menos penas privativas de la libertad. Los tribunales éticos a diferencia de otro tipo de tribunales, se hallan conformados por profesionales de la misma rama del profesional que es juzgado, o sea, son los mismos colegas o pares, los encargados de sancionar las conductas del acusado que desconocen la normativa ética.

Es importante destacar que en ningún momento se debe confundir con otros tipos de responsabilidades como la penal o la civil, las cuales si están investidas de poder para privar de la libertad o imponer indemnizaciones a los profesionales que incurran en determinados tipos de causas, tal y como fue visto en otros capítulos en esta misma obra.

La responsabilidad ética es completamente independiente de la responsabilidad jurídica y no existe conexión de ninguna clase entre uno y otro tipo de responsabilidad. Con Respecto a esto, la doctrina expone²⁹²:

“Los parámetro de evaluación son diferentes. La responsabilidad ética tiene como fundamento el correcto desempeño de una actividad sin que sea necesario o imperioso el lesionamiento a un derecho ajeno. Basta la conducta irregular, el desconocimiento de normas del buen comportamiento, para declararse. En cambio en la jurídica (ya sea la penal o la civil) se requiere un daño efectivo o potencial en un derecho o interés ajeno. En

²⁹¹ Ibíd. p. 484

²⁹² Ibíd. p. 484

estos casos la indebida conducta profesional afecta a la comunidad, lesiona o pone en peligro un derecho o interés individual o colectivo.”

2.13.3 Naturaleza jurídica del consejo profesional nacional de ingeniería y arquitectura

A continuación se expone una breve reseña histórica citada del Consejo de Estado²⁹³, sobre la formación del Consejo Nacional Profesional de Ingeniería y Arquitectura, quien es el órgano encargado por la ley para expedir en las profesiones antes mencionadas el Código Ético:

“El primer antecedente del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura se encuentra en la Ley 94 de 1.937 <<por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de ingeniería>>, en cuyo artículo 6º se previó la creación en Bogotá del Consejo Profesional de Ingeniería, integrado por el Decano de la Facultad de Matemáticas e Ingeniería de la Universidad Nacional, un ingeniero nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, el Ministro de Obras Públicas o un ingeniero delegado por él y el Presidente de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, para verificar la inscripción de los Ingenieros (artículo 6º) y cancelar la certificación a los constructores (maestros de obra) y la matrícula de los Ingenieros en caso de que se compruebe mal uso de la misma (artículo 10º).

”El Decreto Legislativo 1782 de 8 de junio de 1.954, <<Por el cual se reglamenta el ejercicio de las profesiones de Ingeniería y Arquitectura>>, expedido por el Gobierno Nacional, en el artículo 7º ibídem se creó en Bogotá el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, que debería estar integrado por el Ministro de Obras Públicas o un Ingeniero o Arquitecto delegado por él, el Decano de la Facultad de Matemáticas e Ingeniería de la Universidad Nacional, el Presidente de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y el Presidente de la Sociedad Colombiana de Arquitectos.

”Las funciones encomendadas a dicho Consejo fueron las de expedir matrículas de ingenieros o arquitectos o certificados de maestros de obra o topógrafos (artículo 7º), conocer de los recursos de apelación o de consulta de las resoluciones que dicten los Consejos Profesionales Seccionales de Ingeniería y Arquitectura sobre matrículas de ingenieros y sobre certificados de maestros de obra o de topógrafos; resolver sobre la cancelación de matrículas de los ingenieros y los certificados de maestros de obra o topógrafos, por mal uso de la matrícula o de los certificados; velar porque se cumplan las disposiciones que reglamentan el ejercicio de la profesión de ingeniería y arquitectura; denunciar ante las autoridades competentes las violaciones comprobadas a las disposiciones legales que reglamentan el ejercicio de la profesión de ingeniería y arquitectura y solicitar de las mismas la imposición de las penas correspondientes; y

²⁹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Radicación numero NAI009. Julio 13 de 1998.
Consejero Ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

nombrar dos de los miembros con que deben integrarse los Consejos Profesionales Seccionales de Ingeniería y Arquitectura (...)”

Mas adelante agrega el mismo pronunciamiento:

“La Ley 64 de 1.978, <<Por la cual se reglamenta el ejercicio de la Ingeniería, la Arquitectura y profesiones auxiliares>>, en su artículo 20 básicamente le atribuyó al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura las mismas funciones antes reseñadas; modificó la integración del mismo con la inclusión del Rector de la Universidad Nacional, el Ministro de Educación Nacional o su delegado y un representante de las universidades privadas (artículo 18); consagró como sanciones a imponer a los ingenieros y arquitectos por parte de dicho Consejo la suspensión de la matrícula y la cancelación de la misma (artículo 24), y reiteró en el artículo 25 que el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Obras Públicas continuaría sufragando los gastos que demande el funcionamiento del Consejo Profesional Nacional.”

Actualmente en esencia las regulaciones antes referidas se mantienen en los Decretos núms. 2500 de 1987 y 3112 de 1990, quienes son decretos reglamentarios de la Ley 64 de 1978.

2.13.4 Responsabilidad profesional de los ingenieros

Los profesionales universitarios, como por ejemplo, los ingenieros, se encuentran en capacidad de asumir responsabilidades de tipo tanto moral como jurídica. Todo ciudadano por el hecho de serlo, adquiere responsabilidades de tipo jurídico, como la civil y la penal, adicional a esto, cuando adquiere un cargo profesional se enfrenta a otro tipo de responsabilidad: la ética.

A continuación, se expone cuando se da la responsabilidad ética de los ingenieros²⁹⁴:

“La ley 64 de diciembre de 1978, expedida para complementar la 94 de 1937 que tenía como objeto <<reglamentar el ejercicio de la profesión de ingeniero>>, autorizó al Consejo Profesional Nacional de ingeniería y arquitectura para expedir un Código Ético para las profesiones de la ingeniería, la arquitectura y auxiliares. Por ellos se expidió la resolución 59 de julio 10 de 1981 que adoptó el Código de Ética profesional, que establece normas del buen comportamiento profesional y considera sanciones para los ingenieros, arquitectos y auxiliares que atenten contra el correcto ejercicio de la profesión. Posteriormente se expidieron los decretos 2500 de 1987, que consagro el procedimiento disciplinario que se debe cumplir para sancionar a estos profesionales, 3112 de 1990 que reglamentó las profesiones auxiliares de la ingeniería y la arquitectura, la ley 14 de 1975 que reguló la profesión de técnico constructor y por último la ley 09 de 1990 que define el ámbito del ejercicio de las profesiones de ingeniería, arquitectura y auxiliares, incluyendo

²⁹⁴ MARTÍNEZ RAVE, Op. cit., p. 529-560

todo lo relacionado con el estudio, planeación, asesoría, superintendencia e interventoría de obras.

”Las sanciones profesionales las impone a los ingenieros, arquitectos y auxiliares en primera instancia el Consejo Profesional Seccional, previo el cumplimiento del trámite señalado en los artículos 26 y siguientes del decreto 2500 de 1987. En segunda instancia decide el Consejo Profesional Nacional de ingeniería y arquitectura.

”Las conductas que se sancionan éticamente por el Consejo Profesional Seccional son las que atentan contra el correcto ejercicio de la profesión y contra el Código de Ética Profesional, por faltas de lealtad al cliente, a los colegas, al decoro, a la dignidad, a la honradez y a la debida diligencia profesional. Las sanciones pueden ir desde una amonestación, pública o privada, hasta la suspensión o pérdida de la matrícula profesional, dependiendo de la gravedad de la falta y de la reincidencia del sancionado.”

2.13.5 Código de ética profesional del ingeniero colombiano

El ingeniero debe ajustar su conducta a las siguientes normas que constituyen su Código de Ética Profesional:

1. Ejercer tanto la profesión como las actividades que de ella se derivan, con decoro, dignidad e integridad.
2. Obrar siempre bajo la consideración de que el ejercicio de la profesión constituye no solo una actividad técnica sino también una función social.
3. Actuar siempre honorable y lealmente frente a las personas o entidades a las cuales preste sus servicios.
4. Abstenerse de recibir gratificaciones o recompensas distintas del salario u honorarios pactados.
5. No usar métodos de competencia desleal con los colegas, tales como rebajar la cuantía corriente de los honorarios u ofrecer los servicios profesionales a menor precio luego de conocer la propuesta del competidor.
6. No tratar de suplantar a otro ingeniero cuando éste haya adelantado gestiones definitivas para obtener un trabajo o una posición determinada, ni pretender que se le nombre en reemplazo de quien éste ejerciendo honrada y competentemente su empleo.
7. Abstenerse de cualquier intervención que pudiera afectar injustamente la reputación profesional de un colega.
8. Al enunciar sus servicios ceñirse exclusivamente a aquellos que están garantizados por los títulos académicos obtenidos o la experiencia profesional que se posea.
9. No propiciar licitaciones o concursos en los cuales el valor de los honorarios profesionales sea uno de los factores que determinan la adjudicación de un servicio de ingeniería de consulta, ni participar en ellos.
10. tener, en fin, el debido respeto y consideración para con los colegas.

2.14 Test capítulo IV

A continuación se exponen por razones de seguridad solo dos de las preguntas que componen el test a evaluar del capítulo II, el resto hace parte de la base de datos que el programa requiere para generar de manera aleatoria diez de ellas al momento de evaluar el contenido del respectivo capítulo.

Aunque el capítulo IV se divide a su vez en cuatro temas, sólo se mostrarán dos preguntas tipo, haciendo éstas alusión a los temas de delitos contra la administración pública y al de la ética en la ingeniería. A saber:

EJEMPLO A:

Oscar, secretario de obras públicas del Municipio de Mogotes se encuentra desarrollando una obra civil en cierta vereda del municipio; para el cumplimiento de sus funciones le son asignados por parte de la alcaldía cuatro camperos para su desplazamiento. Oscar aprovechando un puente de fin de semana decide desplazarse junto con su familia a una finca de recreo del municipio de Chinácota (Norte de Santander), utilizando uno de los vehículos asignados.

La conducta desplegada por Oscar se enmarcaría dentro del delito de

- A. Prevaricato
- B. Peculado por uso
- C. Abuso de autoridad
- D. Enriquecimiento ilícito
- E. Peculado por apropiación

La clave es la (B). El delito de peculado por uso puede manifestarse en dos modalidades, a saber: usar o permitir que otro use. El uso indebido es el que no está permitido por la norma y del que el funcionario puede obtener algún provecho para sí o para otro. En este caso, el ingeniero se aprovecha de la disposición del vehículo para efectuar sus vacaciones personales, siendo apenas evidente el mal uso o la mala administración del bien público que le está asignando el contratista. Contrariamente, lo que está atendiendo es a un propósito de aprovechamiento por parte del autor del delito.

EJEMPLO B:

Jorge, ingeniero industrial de profesión, se entera que Carlos su mejor amigo y colega quien se encontraba como contratista para la alcaldía de Bucaramanga está siendo juzgado en un tribunal Ético debido a una serie de actuaciones afortunadamente no tan graves, producto de negligencias e imprudencias cometidas en el ejercicio del cargo que atentaron contra el correcto ejercicio de la profesión.

Dada la problemática por la que está pasando Carlos, debe esperarse que

1. Sea obligado a pagar una indemnización a la empresa donde labora
2. El veredicto sea emitido por el juez en lo contencioso administrativo
3. Sufra una amonestación o una llamada de atención debido a su actuación
4. Los encargados de imponerle la sanción sean profesionales de la ingeniería habilitados para tal fin

Las respuestas correctas son la 3 y la 4, esto es, la clave es la (C). Los tribunales éticos son los encargados de imponer las consecuencias previstas en los códigos éticos, y contrario a los tribunales civiles o penales, estos en ningún momento pueden llegar a imponer indemnizaciones ni mucho menos penas privativas de la libertad. Asimismo, los encargados de emitir los veredictos no son los jueces de ningún tipo ni civiles, ni penales, ni mucho menos los administrativos, sino profesionales del mismo ramo en que se está siendo juzgado, para el caso, los encargados serían ingenieros.