

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



**ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA EN MATERIA
CONTRACTUAL FRENTE A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION**

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Elaborada por:
SONIA EDITH RODRÍGUEZ GÓMEZ**

**Dirigida por el Profesor Dr.
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA**

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, D.C. febrero 28 de 2017

Doy gracias a Dios por haberme permitido salir adelante en esta etapa, a mi hijo por darme las fuerzas necesarias para seguir adelante sin desfallecer, a mis padres por todo su apoyo incondicional y al Dr. Carlos Castro por su paciencia y sus enseñanzas durante la realización de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPÍTULO 1

RASGOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

| | | |
|------------|---|-----------|
| 1.1 | CONCEPTO | 11 |
| 1.2 | CARACTERÍSTICAS..... | 26 |
| 1.3 | EFFECTOS ADVERSOS..... | 31 |
| 1.4 | FACTORES QUE CONLLEVAN A DELINQUIR EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS | 39 |
| 1.5 | VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES | 44 |

CAPÍTULO 2

EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

| | | |
|---------------|---|-----------|
| 2.1 | Decreto 222 de 1983 | 54 |
| 2.1.1. | Aspectos Generales | 54 |
| 2.1.2. | Autoridad encargada de conocer las controversias contractuales | 57 |
| 2.1.3. | Principios de terminación del contrato y sus características..... | 58 |
| 2.1.4. | Requisitos que exige la norma para contratar | 58 |
| 2.1.5. | Licitación Pública | 58 |
| 2.2. | Ley 80 de 1993..... | 62 |
| 2.2.1. | Aspectos generales | 67 |
| 2.2.2. | Entidades estatales a las cuales se aplica el Estatuto de Contratación.... | 68 |
| 2.2.3. | Deberes y derechos de los actores que participan en los procesos contractuales | 69 |
| 2.2.4. | Inhabilidades e incompatibilidades..... | 70 |
| 2.2.5. | Autoridad encargada de celebrar contratos y seleccionar contratistas.... | 72 |
| 2.2.6. | Terminación unilateral..... | 74 |
| 2.2.7. | Del Registro Unico de Proponentes..... | 75 |
| 2.2.8. | Principios de la contratación estatal..... | 78 |
| 2.2.9. | Pliegos de condiciones | 80 |

| | |
|---|------------|
| 2.2.10. Proceso de selección del contratista..... | 81 |
| 2.3. Ley 1150 de 2007..... | 81 |
| 2.3.1. Aspectos generales..... | 85 |
| 2.3.2. Inhabilidades 86 | |
| 2.4. Decreto 2474 de 2008..... | 87 |
| 2.4.1. Aspectos generales..... | 87 |
| 2.4.2. Requisitos para el desarrollo de los procesos de contratación..... | 88 |
| 2.4.3. Publicidad en el SECOP..... | 89 |
| 2.4.4. Pliegos de condiciones en la licitación pública..... | 90 |
| 2.4.5. Subasta inversa90 | |
| 2.4.6. Bolsa de productos..... | 91 |
| 2.4.7. Otros aspectos importantes sobre las modalidades de contratación..... | 91 |
| 2.5. Ley 1474 de 2011..... | 92 |
| 2.5.1. Aspectos generales..... | 92 |
| 2.5.2. Aspectos que trata la norma en materia contractual..... | 94 |
| 2.5.3. Selección de mínima cuantía..... | 94 |
| 2.5.4. Publicación en la licitación pública..... | 95 |
| 2.6. Decreto 734 de 2012..... | 96 |
| 2.6.1. Ofrecimiento más favorable..... | 101 |
| 2.6.2. Estructura de los estudios previos..... | 102 |
| 2.6.3. Audiencia de asignación de riesgos..... | 103 |
| 2.6.4. Adendas 103 | |
| 2.6.5. Nueva causal de rechazo de las propuestas..... | 104 |
| 2.7. Decreto 1510 de 2013..... | 104 |
| 2.7.1. Modificaciones relevantes de la norma..... | 105 |
| 2.7.2. El Registro Unico de Proponentes..... | 107 |
| 2.7.3. Análisis del sector..... | 108 |
| 2.7.4. Publicación 108 | |
| 2.7.5. Acuerdos marco de precios..... | 109 |
| 2.7.6. Acuerdos comerciales y trato nacional..... | 110 |
| 2.8. Decreto 1082 de 2015..... | 112 |

| | |
|--|------------|
| 2.8.1. Aclaraciones del Decreto | 113 |
|--|------------|

CAPÍTULO 3

LA REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIÓN. ¿EL ANTÍDOTO PARA
COMBATIR LA CORRUPCIÓN DE FORMA DEFINITIVA E INMEDIATA?

| | |
|---|------------|
| 2.9. ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA A LA NORMA DE CONTRATACIÓN | 119 |
| 2.10. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES COMO ELEMENTO CLAVE PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN | 130 |
| 2.11. EL DERECHO BLANDO COMO ALTERNATIVA PARA LA REFORMA AL MARCO NORMATIVO CONTRACTUAL COMO ALTERNATIVA PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN. | 145 |
| 2.12. LAS PROHIBICIONES Y EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN..... | 151 |
| CONCLUSIONES | 159 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 162 |
| ÍNDICE DE AUTORES..... | 168 |

INTRODUCCIÓN

La corrupción en la contratación pública ha sido un fenómeno que aunque no es para nada nuevo, actualmente es materia de interés a nivel nacional e internacional debido al avance que ha tenido en cada uno de los campos de acción a nivel de la Administración Pública. Tal es su avance, que las formas delictuales a través de las cuales se manifiesta dejan con asombro hasta a los países más desarrollados en materia normativa y contractual.

Además, se observa que la necesidad del servidor público de enriquecerse con el patrimonio estatal lo lleva a incurrir en conductas que son lesivas y contraproducentes tanto para la Administración Pública como para la sociedad; puesto que como resultado del detrimento patrimonial del Estado, menores serán los recursos para la inversión social, empresarial, salud y demás áreas que permitan el desarrollo del país y como consecuencia no habrá un desarrollo económico adecuado que permita erradicar la pobreza generada y el avance constante de lugares geográficos poco desarrollados, atentando contra la legitimidad del Estado.

Como veremos más adelante en el desarrollo de este trabajo, la corrupción en la contratación estatal específicamente en la licitación pública es más común de lo que se cree, por ello veremos las diversas tipologías de corrupción en esta modalidad de contratación, ya que en la mayoría de los casos estas conductas son realizadas con pleno conocimiento de la ley. De ahí, que Transparencia Internacional tenga el siguiente concepto sobre la corrupción:

La corrupción es una manifestación de las debilidades institucionales, bajo estándares morales, incentivos sesgados y falta de aplicación de la ley. El comportamiento corrupto deriva beneficios ilícitos a una persona o grupo pequeño al ignorar reglas que han sido diseñadas para garantizar la imparcialidad y eficiencia. Produce resultados injustos, ineficientes y antieconómicos. Las recompensas ilícitas para un grupo pequeño que rompe las reglas se producen a expensas de la comunidad en general. Existen otros

perdedores individuales, como aquellos que son obligados a pagar sobornos, los que se les niega el derecho a beneficios por no poder pagarlos y los que pierden licitaciones para suministrar bienes o servicios debido a sobornos pagados por otros¹.

La corrupción en la contratación estatal arrasa completamente con los principios plasmados en la Ley 80 de 1993, texto base para el desarrollo total del tema en las entidades públicas. Principios como la transparencia, la selección objetiva, la igualdad, economía, planeación, etc. son los cimientos en los cuales toda entidad se debe apoyar para que un proceso contractual sea exitoso, y así evitar que en medio del camino se presenten situaciones extraordinarias que deriven en una terminación anormal del proceso o la adjudicación de un contrato a un proponente equivocado.

Cabe destacar que el fenómeno no es simplemente en la contratación a nivel Colombia sino también es a nivel internacional, se observa la preocupación de Organizaciones Internacionales como la OEA, la OMC, la OCDE, Transparencia Internacional, etc., que han realizado estudios que propenden buscar cómo la corrupción en la contratación sigue abriéndose camino y por qué aumenta de forma alarmante.

Es preciso resaltar la labor del Gobierno Nacional en cuanto al tema, puesto que en los últimos años se ha creado la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y en el año 2011 fue expedida la Ley 1474 denominada Estatuto Anticorrupción, en la cual se establecen medidas penales, disciplinarias y administrativas. Estas medidas de alguna manera brindan cierto parte de tranquilidad a la ciudadanía, quien ya tiene una idea preconcebida de no participar en procesos de contratación por creer que los pliegos de condiciones están hechos y ajustados para entregar a personas específicas, sin tener en cuenta los demás proponentes.

Así mismo, la expedición de múltiples normas en materia de Contratación Pública, sigue en auge. Ello se evidencia con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modifico

¹ Convenciones Anticorrupción en América. Lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Transparencia Internacional. Berlín, 2006. p. 3.

la Ley 80 de 1993, posteriormente fue promulgada la Ley 1474 de 2011 como se indicó anteriormente y el Decreto Ley 019 de 2012, algunos decretos reglamentarios (2474 de 2008, 2025 de 2009, 3576 de 2009, 4266 de 2010, 734 de 2012), este último derogado por el decreto 1510 de 2013 y este a su vez por el 1082 de 2015.

En algunas de estas modificaciones, el legislador ha querido introducir medidas para combatir la corrupción, ya que ésta se ha venido convirtiendo en un obstáculo para la adecuada inversión de los recursos públicos, a través de la incorporación de modalidades de contratación como la subasta inversa, la aplicación de algunos criterios para la selección y evaluación de propuestas, la aplicación de reglas de subsanabilidad, la aplicación de principios en la selección de contratistas, etc., disposiciones que deben generar un cambio positivo en los servidores que tienen a cargo la inmensa responsabilidad de brindar mejores condiciones de vida a los gobernados.

La aplicación de la ética por parte de los servidores públicos que tienen a cargo la actividad permanente en la contratación estatal se ha venido reduciendo de manera que afecta los intereses de la comunidad, cada vez es más visible esta conducta y cada vez el Estado busca medidas para combatir este flagelo, sin lograr resultados positivos.

Es por ello, que lo que se busca con este trabajo es profundizar un poco más en la normatividad expedida en materia de contratación pública y ver qué tan favorable ha sido la creación de las mismas en pro de la lucha contra la corrupción sin perder de vista claro está el esfuerzo que ha hecho el legislador para estar a la vanguardia tanto nacional como internacional, teniendo como soporte la agencia Colombia Compra Eficiente quien ha surgido con el fin de dar un enfoque más organizado y eficiente a la contratación, permitiendo unificar documentos, guías y manuales que anteriormente no se acostumbraba a utilizar, pero que ha sido una herramienta útil para el desarrollo de la actividad en las entidades estatales.

De allí que para finalizar, daremos un vistazo a la reforma que presenta Colombia Compra Eficiente y así orientarnos hacia donde va dicha reforma y cuáles son los

cambios más enfáticos que generaran un vuelco completo al procedimiento actual establecido en el Decreto 1082 de 2015 y demás normas concordantes. Pero algo que es necesario tener presente es que si los servidores públicos no cambian la mentalidad que busca solo generar beneficios en pro de sus intereses particulares, muy difícilmente habrá disminución de la corrupción así la producción normativa traiga consigo múltiples avances en materia contractual.

CAPÍTULO 1

RASGOS GENERALES DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 CONCEPTO

Para el desarrollo de este capítulo iremos de lo general a lo particular, tomaremos los conceptos básicos de qué es la corrupción para llegar al concepto detallado y orientado a la contratación pública.

La corrupción ha sido un tema de análisis que no ha surgido de un momento a otro. Siglos atrás se venía germinando este fenómeno, complejo y difícil de contrarrestar a nivel mundial, puesto que ya sea por favorecer a muchos o a unos pocos, se dispersa de forma alarmante en la mayoría de las entidades estatales. Es por ello que para entender esta anomalía denominada corrupción, se expondrán algunos conceptos que nos ayudan a clarificar y disertar esta anomalía, haciendo la salvedad de que dichas reflexiones se encaminarán a la contratación, específicamente a la licitación pública.

Para comenzar, la palabra «corrupción» fue empleada por primera vez por Aristóteles para referirse a la manera como, en la época de los monarcas, la aristocracia y la democracia se iban degenerando como formas de gobierno; así mismo el término fue utilizado por Cicerón para llamar así al soborno que era una costumbre en Roma. Con estos dos autores vemos el inicio del estudio sobre la corrupción. Se debe tener en cuenta que Aristóteles tiene presente en sus cavilaciones el punto de vista de las estructuras jurídicas, mientras que Cicerón piensa desde perspectivas jurídico-morales².

Es preciso señalar que por la naturaleza y los factores políticos, históricos, económicos, entre otros, de los que deriva la corrupción, este hecho se estudia en áreas como sociología, psicología, criminología, ética, derecho; por lo que se han dado históricamente diferentes definiciones para explicar dicha manifestación³.

A simple vista se puede entender la corrupción como la degradación de los valores morales, lo que traduce que la sociedad se encuentra en crisis interna y externa de valores, que repercute positivamente a favor de los derechos y negativamente a favor de los deberes. Por lo cual se convierte en una sociedad que busca la productividad y

² GONZÁLEZ Llaca, Edmundo. Corrupción. Patología Colectiva. Inap, 2005. p. 48.

³ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 27.

eficacia sin importar los límites, y la pérdida de valores se refleja en ámbitos políticos, ciudadanos, afectando tanto al administrador como al administrado⁴.

Estudiar el fenómeno de la corrupción se dificulta debido a que históricamente se ha enfocado bajo dos perspectivas: la perspectiva de la modernización y la perspectiva de la moralidad; la primera consiste en ver la corrupción inversamente proporcional a la evolución y al desarrollo del estado, por lo que surge el siguiente interrogante, ¿por qué se da tanta corrupción en las entidades estatales, si los países tercermundistas son los que menos desarrollo presentan y tienen grandes porcentajes de pobreza?⁵

La segunda, la perspectiva de la moralidad, que para Ernesto Garzón Valdés⁶ no es una teoría del todo válida, debido a que tiende a ofrecer una relación empíricamente dudosa entre coacción y corrupción o por decirlo de otra manera, considera que todas las actividades corruptas son reprochables; con lo que se pone de manifiesto que esta visión moralista no distingue entre lo que es violar un sistema normativo y vulnerar un sistema moral.

Varias son las definiciones que se han dado sobre corrupción, una de ellas señala que este fenómeno implica el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal, es aquí donde se ve de manera directa la degradación de los valores⁷. Este planteamiento ha sido criticado dado que desde el punto de vista pragmático no tiene una fórmula clara de evaluación del interés general⁸, y desde el punto de vista teórico no define la corrupción como tal y simplemente señala sus consecuencias⁹.

Otra definición se basa en el comportamiento¹⁰, explicando que la corrupción consiste en el abuso del oficio público, pero con este significado se estaría dejando a un lado otros temas de relevancia que merecen ser estudiados en razón a que no se actuaría en calidad de servidor público al decir que hay abuso de poder y a la vez el

⁴ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 39.

⁵ GARZÓN Valdés, Ernesto. La corrupción política. Alianza Editorial, 1997. p. 39-40.

⁶ Ibid., p. 39.

⁷ Ibid., p. 41.

⁸ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 27.

⁹ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 39.

¹⁰ CASTRO Cuenca, Op. Cit., p. 27.

concepto dejaría al intérprete con un vacío, dado que no aclara de manera exacta lo que se considera como abuso¹¹, generando inconvenientes respecto a la inseguridad jurídica.

Una tercera definición indica que la corrupción va ligada a la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, esclareciendo que el deber posicional es similar a la obligación al ámbito de la moral adquirida, y dicha ganancia no solo consiste en obtener retribuciones de carácter monetario, también nombramientos u otros favores relacionados. Sin embargo, al igual que las definiciones mencionadas anteriormente, señala las consecuencias, más no el concepto como tal y además se le critica la falta de explicación sobre lo que es el beneficio.

Otra manera de aproximarse al concepto de corrupción es comparando las definiciones de acuerdo a las diferentes áreas que estudian dicho fenómeno tal como se señaló anteriormente. Para comenzar, el derecho ve esta anomalía como el incumplimiento de las normas, violando obligaciones y abuso del cargo con el fin de obtener beneficio personal¹², en esta noción se recogen algunos aspectos de las definiciones mencionadas anteriormente en las que se observa primordialmente la tipificación de causas y consecuencias más que una definición precisa y clara.

Dentro de esta noción del derecho se debe hacer un paralelo entre la corrupción pública o privada¹³, puesto que la pública se traduce en manifestaciones u omisiones que realiza el funcionario abusando de su poder, incumpliendo las normas que como servidor público debe respetar¹⁴; y la corrupción privada son las acciones u omisiones que ejerce una persona abusando de su poder en entidades privadas, siempre en busca de un beneficio directo o indirecto.

Siguiendo con el autor, en la economía, la corrupción se explica asumiendo al ser humano como un ser egoísta, calculador y preocupado por la maximización de sus preferencias, es decir que el fenómeno se ve como algo natural y lógico, donde un sujeto que ocupa determinado cargo, lleno de poder y privilegios, tiene la tendencia a abusar del mismo para recibir beneficios, aumentar sus ganancias y recibir ingresos extras, además de lo percibido por ser funcionario público.

Para la sociología, la corrupción es un grupo de conductas y abusos de poder para buscar beneficio particular dentro del contexto histórico y social en el que se desenvuelve

¹¹ CASTRO Cuenca, Op. Cit., p. 28-30.

¹² GARZÓN Valdés, Ernesto. La corrupción política. Alianza Editorial, 1997. p. 43.

¹³ Ibid.

¹⁴ VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006. p. 29-35

el decisor; por ejemplo, Montesquieu veía válido comprar cargos públicos por parte de los ricos y la clase media, de manera que la aristocracia no tuviera acceso a los mismos por su condición económica. Dentro de este contexto, Manuel Villoria Mendieta¹⁵ señala que hay tres clases de corrupción.

| CORRUPCIÓN NEGRA | CORRUPCIÓN GRIS | CORRUPCIÓN BLANCA |
|---|---|---|
| Es el conjunto de acciones que han sido declaradas como corruptas por élites morales y ciudadanía general. Por lo tanto hay una coherencia entre la ley y la opinión pública. | En esta clase de corrupción no hay un consenso general, pero los grupos más importantes están de acuerdo en que se castiguen dichas conductas corruptas. En este caso hay normas que tipifican dichas conductas y las sancionan, pero la ciudadanía en general no las rechaza de forma abierta. | Es la corrupción en la cual no hay oposición por parte de las grandes élites y mucho menos de la ciudadanía en general, toleran dichas acciones aunque no de forma total, pero tampoco se rechazan abiertamente. Obteniendo como resultado la falta de normas, ya que no hay un respaldo general. |

Teniendo en cuenta lo anterior, las clases de corrupción varían de acuerdo al desarrollo moral de las personas y a sus sociedades; además, esta clasificación cambia pretendiendo una mayor severidad y requerimiento social¹⁶. Para finalizar esta diferenciación, otras áreas plantean el fenómeno de la corrupción de manera diferente. La ética considera esta anomalía como el abuso de poder para beneficio privado que atenta contra los principios, valores o virtudes propias de la teoría ética que se postule, he aquí que esta clase de definiciones llevan a entablar cierta conexión con los diferentes códigos de conducta y ética profesional, que regulan las actuaciones de las personas que ocupan altos cargos de los que derivan responsabilidades con importantes consecuencias.¹⁷

Para Edmundo González Llaca¹⁸, la corrupción más que un problema de normas y de legislación, es de carácter humano, dado que el legislador puede emitir normas con vacíos jurídicos y demás factores que no permitan el entendimiento de la ley en la manera que se desea sea asimilada, siempre direccionando hacia los principios de justicia y equidad, pero en realidad el fenómeno encierra algo más complicado y consistente, a

¹⁵ VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006. p. 42

¹⁶ Ibid. p. 36.

¹⁷ Ibid., p. 44-45.

¹⁸ GONZÁLEZ Llaca, Edmundo. Corrupción. Patología Colectiva. Inap, 2005. p. 36.

saber, un problema en la cultura ética de los gobernantes y los gobernados¹⁹. Por lo cual este fenómeno no puede alejarse de los sistemas normativos de cada país, puesto que existe una relación estrecha entre estos dos conceptos, debido a que si no existe la norma, es imposible la actividad corrupta.

Lo anterior hace antesala a lo que Transparencia Internacional y la OEA opinan al respecto, para estas organizaciones es fundamental acabar con este cáncer que afecta a todos los sectores a escala mundial, perturbando tanto a personas adineradas como a personas de menos recursos. Para la TI (Transparencia Internacional), la corrupción es el abuso con fines de lucro personal del poder delegado, mientras que la OEA plantea que es una manifestación de las debilidades institucionales bajo estándares morales, incentivos sesgados y falta de aplicación de la ley.²⁰

De allí que Transparencia Internacional considere que a nivel Colombia la corrupción en la contratación es uno de los factores más relevantes en cuanto a desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos y que por ello aproximadamente un 10% del valor utilizado para procesos de contratación sea malgastado en acciones corruptas y soborno. Lo que más dificulta la situación actual es la percepción que tienen los ciudadanos de que la situación empeora con el pasar de los días ya sea por la complejidad del problema, la capacidad que tiene el gobierno para luchar contra el fenómeno, afectación de partidos políticos, congresos, gobiernos nacionales o subnacionales, etc. Pero no todo es negativo en este panorama actual, algo motivador y positivo es que la ciudadanía quiere ayudar al país y al gobierno a luchar contra la corrupción.²¹

Por otro lado, al haber visto la corrupción de manera generalizada, es prudente examinar el concepto desde un punto de vista contractual, Castro Cuenca²² indica que la corrupción en la contratación pública se puede definir como “la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extra posicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración pública con los particulares”²³; es decir, si se realiza un proceso de contratación con el lleno de requisitos legales, pero en alguna etapa del mismo se encuentra que el

¹⁹ Ibid., p. 36.

²⁰ Convenciones Anticorrupción en América. Lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Transparencia Internacional. Berlín, 2006.

²¹ Transparencia Internacional, Barómetro Global de la Corrupción 2013. Informe Colombia. p. 5.

²² CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009.

²³ Ibid., p. 32.

funcionario empleó artimañas para obtener dinero o cualquier otro beneficio del particular con tal de adjudicar ese determinado proceso o contrato.

Siguiendo con Castro Cuenca²⁴, para entender más la dinámica de la corrupción y la contratación es necesario revisar cada una de las etapas o fases de la contratación:

OJO

- **El elemento interno de la corrupción:** Se presenta en la formación de la voluntad de la administración pública. En este punto es necesario tener en cuenta que la persona que toma las decisiones en la entidad no es objetiva en el ejercicio del poder.
- **El aspecto adjetivo de la corrupción:** Este aspecto se traduce en que al desarrollarse la fase externa de la contratación, se materializa la voluntad de la entidad, expidiendo actos administrativos precontractuales, ya sea el aviso de convocatoria, los estudios previos, los pliegos de condiciones, etc., obviamente estando siempre presente alguna irregularidad o también la celebración de contratos corruptos. Algo que sí debemos aclarar es que no podemos considerar como corruptas todas las irregularidades que se presenten en un proceso contractual, debido a que se pueden presentar irregularidades de forma o terminaciones anormales que no necesariamente tienen que ver con el abuso del poder; ya que para una entidad, algunas veces, es mucho más sano terminar un proceso por determinadas razones y no con procesos que tengan vicios que desemboquen en problemas todavía más difíciles de solucionar.
- **El aspecto material de la corrupción:** Este se desarrolla en la etapa de ejecución de los contratos, es cuando se busca obtener beneficios extra posicionales del presupuesto que se ha asignado para el proceso contractual y la consiguiente suscripción del contrato.

Al ver las diferentes etapas contractuales, se puede deducir que desde el principio el líder jerárquico tiene la intención ya sea directa o indirecta de obtener un beneficio, utilizando al particular con quien celebre determinado contrato y el presupuesto oficial asignado para el mismo.

Así mismo, a pesar de que se han expuesto múltiples definiciones de la palabra «corrupción», ninguno brinda la claridad suficiente para comprender dicha situación en

²⁴ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. Pág. 33

un contexto legal, tanto así que para Pablo García²⁵ el mejor concepto que podría definir esta situación es el término de Nye, quien define que la corrupción es “aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargos públicos a causa de ganancias personales (de familia o de ‘clique’ personal, pecuniarios o de ‘estatus’, o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos tipos de influencia particular”. Definición que alcanza a englobar todas las situaciones que encierra el término, es decir, brinda campo abierto para mencionar todas las conductas corruptas que se pueden dar dentro del fenómeno de la corrupción como son cohecho, nepotismo, tráfico de influencias, etc.

Continuando con lo que señala García Mexia, hay otras definiciones que se consideran policéntricas y dentro de las más conocidas está la de Scott, que se basa en tres pilares fundamentales: la legalidad, donde lo corrupto sería lo ilegal; el interés público que sería lo corrupto lo que se opusiera a esta clase de interés, y la opinión pública donde lo corrupto sería lo que la misma reputara como tal. Aunque se puede considerar que esta teoría tiene ciertas debilidades ya que la normatividad va cambiando con el paso del tiempo, así como la volatilidad de la sociedad y sus opiniones. Siguiendo con definiciones policéntricas, desde el punto de vista económico “sería un mecanismo de recursos escasos, en aquellos mercados ilegales que pudieran surgir como reacción frente a decisiones políticas basadas en la preferencia de la mayoría de los ciudadanos. La corrupción sería la consecuencia inevitable de todo intento estatal por controlar las fuerzas del mercado”.²⁶

Por otro lado se encuentran los conceptos gradualistas, aquellos que señalan la conducta de acuerdo a la mayor o menor gravedad de las conductas punibles, una de ellas es la Heidenheimer, quien divide la corrupción en tres conceptos tal como lo explica Villoria Mendieta con la corrupción blanca, negra y gris. Así mismo, dentro de estos conceptos gradualistas encontramos el de Lowi, quien divide el fenómeno en dos partes: la gran corrupción, aquella que contribuiría a la descomposición, disolución y desorientación de la constitución; y la pequeña corrupción que representaría la depravación moral individual o que conllevaría a la misma²⁷.

García Mexia indica que las definiciones que mejor clasifican el fenómeno son las analíticas, cuyos exponentes fueron Peters y Welch, quienes señalaban que para entender el concepto era necesario desglosar la definición en cada uno de sus elementos, los cuales son: “cargo o funcionario público involucrado, el favor prestado por el mismo, la retribución obtenida por el cargo o funcionario y el pagador de la retribución, a la sazón

²⁵ GARCÍA Mexia, Pablo. Los Conflictos de intereses y la Corrupción Contemporánea. Editorial Aranzadi, 2013.

²⁶ Ibid. p. 60.

²⁷ Ibid. p. 61.

perceptor del favor”. En este concepto se puede ver que Peters y Welch se fijan solamente en el sujeto y la conducta punible y no en el móvil que conlleva al fenómeno de la corrupción, el cual es fundamental para conceptualizar el término.

Además encontramos el concepto de Caciagli, quien indica que la corrupción es una “manera de actuar, una patología, que se limitaría a influir sobre una cultura democrática pervirtiéndola”, a diferencia del clientelismo y el crimen organizado que son distintas formas de ser, de carácter fisiológico, de dos culturas disyuntivas a la cultura cívica democrática; es decir que hay tantos conceptos de corrupción así como personas que se lanzan al reto de estudiar el fenómeno y al final esas definiciones no van a ser excluyentes unas de las otras.²⁸

Igualmente, la corrupción es considerada como una degradación del sentido ético del agente o funcionario público debido a que carece de integridad moral. Teniendo en cuenta que por ciertas características del agente se le puede denominar corrupto y a la corrupción se le podría considerar el efecto negativo del que se obtiene como resultado de las acciones, motivos o personas que impulsan al corrupto independiente de sus costumbres o instituciones. Además, la corrupción describe una serie de prácticas sociales que no van relacionadas con las motivaciones que conllevan a la degradación de las instituciones; por lo que el concepto no se centra en las faltas morales de los agentes ni en las consecuencias de su comportamiento, ya que las prácticas que generan el fenómeno como lo son el soborno, las comisiones ilegales y demás, se dan en virtud de sus propias características. Es por ello que no es extraño que dentro de los muchos significados que se le atribuyen a la corrupción, así mismo se le den otras denominaciones como cleptocracia, clientelismo, crimen de cuello blanco, crimen organizado, etc.²⁹

Podemos concluir que este fenómeno contraviene la ley y la norma con el fin de buscar un beneficio propio, faltando tanto a la ética personal como profesional. Además incurre en otros delitos, ya que el funcionario ocupa un cargo con características que le dan cierto poder con el que abusa de la confianza, sobrepasando todo límite, por lo que solo le importa el bienestar personal y no contempla las consecuencias de los actos corruptos. Con el pasar de los años este fenómeno va en aumento, demostrando así que estamos frente a una ignominia de valores y que a pesar de que haya múltiples significados para la corrupción, todos nos llevan al mismo resultado, a la degradación de las instituciones y de la sociedad.

²⁸ Ibid. p. 62-63.

²⁹ KOTHIN, Stephen & SAJÓ, András. Political Corruption in Transition. A Skeptic’s Handbook. Central European University Press, 2002. p. 33. Traducción hecha por la autora.

¿Pero por qué es tan importante hablar sobre corrupción hoy? Como lo plantea Manuel Villoria Mendieta³⁰, hay diferentes razones por las cuales es necesario abordar el tema; en el sector público se ha generado una gran preocupación por la ética, hasta tal punto que se han generado mecanismos para la lucha contra la corrupción que juegan un papel fundamental y que ocupan un lugar en todos los gobiernos a nivel mundial, así como organizaciones internacionales que año tras año hacen estudios del avance del fenómeno, creyendo unos que tal vez el incremento de la corrupción se debe al mundo actual y otros que señalan que se debe a un cambio de estilo periodístico y más activismo judicial.³¹

Siguiendo con lo que plantea Villoria, hay varias razones por las cuales es necesario el estudio de la corrupción, a continuación se expondrán a grandes rasgos:

- **Razones políticas:** Con el fin de la guerra fría se dieron varios procesos de transición y con ellos gran cantidad de escenarios de corrupción, ahí es cuando inician los estudios donde se midieron la interacción entre las empresas y el estado, obteniendo como resultado las siguientes razones:
 - a. La corrupción administrativa o pago de sobornos llegándose a dar un mayor alcance de los pagos ilícitos del sector privado al estado, específicamente a los funcionarios con el fin de que influyan en las normas y en la toma de decisiones, y a su vez la capacidad del sector privado para influir en las normas y tomar decisiones sin hacer esos pagos ilícitos.
 - b. Otro punto a tratar dentro de estas razones políticas, es que hay cambios en la cultura política, ya en este caso los políticos o gobernantes tienen que comenzar a ganarse la confianza de la gente y esto solo lo logran vendiendo una imagen de carácter y honestidad³², es por ello que en todas las campañas políticas es más fácil exponer la ética de cada uno y denunciar la corrupción ajena, un factor fundamental en la lucha política actual.
 - c. Además, al volver al tema de campañas políticas, es bien sabido que los costos de publicidad e intervención son muy altos, y para muchos candidatos los recursos no son suficientes. Es allí, cuando los partidos políticos comienzan a ejercer presión a distintos sectores de la sociedad para obtener ese dinero que

³⁰ VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006. p. 72.

³¹ Ibid., p. 73.

³² Ibid.

les hace falta y a su vez optan por adquirirlo de forma fraudulenta y encubierta del sector privado.

- d. Para Villoria, al darse la separación de la política y el poder, toma mayor fuerza el negocio privado en la política, ya sea en sectores que hayan sido privatizados, subcontrataciones o concesiones que hacen que el sector privado logre gran fuerza en la toma de decisiones públicas o mejor aún la estrategia del *revolving doors*, lo cual consiste en que la persona que toma las decisiones lo haga en un periodo de tiempo determinado desde un despacho político y luego de salir del cargo pueda recoger las ganancias en el sector privado.
- e. Otra razón política importante es la conciencia de los efectos perversos de la corrupción en la política y las instituciones democráticas. Cuando la mejor estrategia para un político es decir que las fallas de específico gobierno son por la ineficiencia e ineficacia de las instituciones y que por determinadas razones es mejor elegirlo a él y no a otro, con el fin de que todos esos inconvenientes de burocratización se acaben. Por ello, para muchos es mejor que dentro de una administración haya atrasos y se paraliquen ciertas actividades, con el fin de que las personas corruptas entren en relación directa con las personas que requieran determinados servicios, con ello se puede negociar el beneficio que van a obtener ya sea por una licencia, un permiso, etc.
- f. Otra razón política importante es el deterioro de la legitimidad política, ya que el clientelismo acaba en corrupción la mayoría de las veces. Se podría decir que utilizan su poder para manipular y acceder a un mayor apoyo, ya que intensifican y fidelizan las relaciones patrón-cliente, dando empleos o contratos, pero a su vez consiguen obtener dinero para pagar las cuotas de amigos del mismo partido, quienes ayudan a posicionarlos políticamente; es aquí donde, según el autor, el clientelismo pasa a dar un salto en la base institucional y deja de ser solo local.
- g. La corrupción desde el punto de vista cívico trae un trasfondo que genera mal capital social porque desencadena redes que solo tienen como finalidad abusar de los fondos públicos, adquirir privilegios prohibidos y asegurar un conjunto de reglas que permitan que siga funcionando ese hilo de corrupción en las instituciones sin que se presenten denuncias ni infiltrados.

De acuerdo a lo visto anteriormente, es cuando en la sociedad comienza a percibir que se están cimentando actos de corrupción y se da una pérdida de confianza en el gobierno de turno, en las instituciones y en el sistema en general.

Según Villoria, aquí es cuando se desencadenan dos efectos: “1. La mayoría de la gente asume que la forma de conseguir acceder a derechos es entrando en las redes de corrupción, con lo que se generaliza el sistema y se convierte en parte de la normalidad. 2. El voto tiende a sostenerse sobre bases de interés personal y directo en que un determinado patrón siga en el poder, sobre principios de compromiso cívico y cercanía a unas ideas”³³.

Aunque la confianza se está perdiendo, la gente sigue votando por amigos o conocidos esperando obtener prebendas y favores políticos, se utiliza el voto como un mecanismo para obtener intereses propios y no para el bien común. Desde este punto de vista se pierde la legitimidad de la democracia, poco a poco las instituciones pierden fuerza y aumentan los partidos clientelistas y partidos corruptos; a su vez esto culmina y se torna más peligroso cuando el crimen organizado entra a formar parte del círculo haciendo que la extorsión violenta se institucionalice.³⁴

- **Razones económicas:** Villoria Mendieta señala que con la globalización de la economía, se ha dado un avance en cuanto a los intercambios comerciales e intercambios tecnológicos y que los negocios a nivel internacional se pueden hacer por así decirlo de una forma fácil, sobre todo en lo relacionado con bienes sofisticados ya que los precios y sobrecostos son bajos, haciendo de ello un mayor atractivo para los corruptos. Pero esto trae consigo un trasfondo de tipo moral, donde los grandes empresarios de países desarrollados sobornan a los funcionarios de los países subdesarrollados para poder asegurar que su negocio sea rentable en tal país o de lo contrario no tener ningún negocio allí. Haciendo que el soborno fuera el método más utilizado para obtener contratos.

Este clase de conductas han sido analizadas por Transparencia Internacional en todos los países y en muchos casos son sorprendentes los índices que arroja cada sector, así mismo se muestra qué modalidad usa cada empresario para lograr sus objetivos. Análisis que más adelante se desarrollará en este trabajo.

Al ver cómo esta conducta está desangrando a los empresarios, los gobiernos y la ciudadanía en general, además de los altos costos que generan estos sobornos, se creó el convenio OCDE, puntualmente denominado como un “convenio de lucha contra

³³ Ibid. p. 77-78.

³⁴ Ibid.

la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”.

Con todas estas situaciones, también ha sido de gran dificultad ayudar en el desarrollo de organizaciones internacionales que han concluido que tales dificultades se presenten por la corrupción y la falta de ética del empleado público en países financiados, porque desafortunadamente se tiene la creencia de que la corrupción puede ser beneficiosa en países en pleno desarrollo, pero todo lo contrario puede ser nefasto para los mismos y hacer que decaigan todavía más en la pobreza. Así mismo, porque tienen la concepción de que los sobornos vienen bien al funcionario público porque complementan los malos salarios. Trayendo consigo un gran deterioro económico, social y democrático³⁵.

- **Razones institucionales:** Con el pasar de los años se ha dado una creciente de mecanismos legales en la vida política, han surgido innumerables normas y reglas que regulan la conducta de los altos funcionarios y políticos de manera minuciosa, situación que permite conocer hechos nunca antes vistos, como la declaración de bienes y rentas de los funcionarios o someterse a determinada investigación antes de ser nombrados en su cargo. Así mismo, surgen organismos o entidades encargadas de llevar dichos controles, como el caso de Contraloría o Procuraduría en Colombia.

Es por ello que acorde a las organizaciones van surgiendo en los gobiernos, van saliendo normas y reglas que dejan al descubierto innumerables irregularidades de mandatarios y funcionarios que día a día requieren de un control más extenso, generando más inconvenientes a la sociedad. Tal es el cinismo, que a quienes se encargan de investigar corruptos y a encontrar irregularidades son retirados de sus cargos o amenazados.

Otro aspecto importante dentro de este apartado es el redescubrimiento de las instituciones³⁶, ya que se genera una serie de reevaluaciones de teorías y estrategias acerca del desarrollo. Dos acontecimientos a nivel internacional marcaron esta etapa a mediados de los noventas. La primera de ellas fue el milagro asiático que venía acompañado de buenas políticas e instituciones, piezas fundamentales para el desarrollo económico y social, y segundo las consecuencias generadas por la transición al mercado de los antiguos países socialistas de Europa del Este y la antigua Unión Soviética porque no había instituciones públicas eficaces³⁷.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

Después de lo anterior, se observa que las instituciones juegan un papel fundamental en el desarrollo y evolución de un país y que a su vez ellos generan estabilidad y seguridad en el tema económico y por ello han surgido organizaciones internacionales que se han preocupado por generar un índice de calidad institucional como lo es el Banco Mundial, que maneja seis índices: rendición de cuentas, estabilidad política, eficacia del gobierno, calidad de las regulaciones, estado de derecho y control de corrupción³⁸.

Para Villoria Mendieta, las instituciones tienen un valor intrínseco y extrínseco, intrínseco porque contienen valores importantes en sí mismas y extrínsecas porque generan grandes efectos, ya que reducen la incertidumbre, habilitan los comportamientos, cooperación y calidad de políticas y su debilidad es el cimiento para que la corrupción aflore de manera inminente.

Finalmente dentro de estas razones institucionales se da la teoría del isomorfismo institucional de DiMaggio y Powell; teoría que indica que las organizaciones funcionan en redcillas interorganizadas y que las organizaciones públicas harían parte de una misma redcilla; es decir que las mismas tendrían la tendencia a adoptar reglas y arreglos institucionales consolidados que son revisados y adaptados para utilizar de nuevo cuando se presenten problemas de reestructuración, haya que enfrentarse a un nuevo reto o cuando la organización inicie un nuevo proceso de estructuración, lo cual hace que el isomorfismo aumente cuando se agudiza la institucionalización en esas redcillas interorganizadas. Al contrario de los países subdesarrollados que reciben apoyo financiero, se presenta un isomorfismo coercitivo, en el que se ven obligados a aplicar las reglas y normas, si desean seguir recibiendo ese apoyo financiero³⁹.

- **Razones de gestión:** Los países desarrollados dieron inicio a una nueva forma de gestión y dirección; comenzaron reduciendo el tamaño del personal, las privatizaciones y contrataciones externas, introdujeron mecanismos de competencia en el sector público, mecanismos de evaluación y eficiencia, etc.⁴⁰ Pero así como se hallaron cosas positivas también se encontraron negativas, ya que las subcontrataciones y privatizaciones generan más espacio para actos corruptos, se genera la contratación de gestores que hacen poco control a las actividades del sector público y así se facilita la gestión a su acomodo, ya que de esa forma además se aprovechan de la confianza que les da el gobernante de

³⁸ VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid. p. 92.

turno. Es así como comenzaron a generarse organizaciones, códigos, convenciones y demás para la lucha contra la corrupción.

- **Razones sociales:** Por todas las circunstancias que se presentan alrededor del mundo dentro de la sociedad hay gran motivo de desconfianza en los gobernantes, es por ello que los ciudadanos se vuelven más exigentes y críticos frente a las conductas corruptas, un problema que se ha agudizado más en los países menos desarrollados puesto que los políticos locales se acusan unos a otros de realizar conductas indebidas y la confrontación aumenta más, jugando un papel preponderante la prensa que busca hacer noticia a cada momento. Finalmente debido al avance de la tecnología, internet, redes sociales y demás, es muy difícil que se tenga privacidad plena puesto que la prensa, opositores y la misma ciudadanía siempre está al tanto de lo que pueda ocurrir y lo que pueda afectar directamente⁴¹.

Una vez visto el fenómeno de la corrupción a grandes rasgos, comenzaré a tocar el tema de la contratación pública. Para comenzar, es preciso indicar que de acuerdo a Transparencia Internacional uno de los riesgos más altos en el sector central es la publicidad en la contratación y la selección del contratista; puesto que al no haber un mercado competitivo y la ausencia de leyes claras y transparentes, hacen que aflore la corrupción en la selección del contratista y la contratación. Además, al no tener los ciudadanos el conocimiento adecuado de las actuaciones de las entidades y la poca probabilidad de sanción a los servidores públicos hacen ver la transparencia de las entidades en la publicidad de la contratación como casi nula⁴².

Desde aproximadamente 2010 y 2011, la conducta disciplinaria más sancionada ha sido la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales. Siendo la contratación pública una de las mayores fuentes de corrupción de los recursos que se utilizan para cubrir las necesidades de ciudadanos, ya que lo que se ejecuta a través de la contratación es por lo menos un 70% del presupuesto. Es de señalar que este fenómeno no solo se da en las entidades del sector central sino también en las entidades territoriales, tanto departamental como municipal, siendo focos de corrupción recurrentes, ya que generan constante preocupación por la forma en que administran y ejecutan las regalías, porque no las ejecutan de manera adecuada o porque se presentan irregularidades que desencadenan la corrupción en la contratación pública.⁴³

⁴¹ Ibid. p. 93.

⁴² CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD. Informe nacional de competitividad. Capítulo 12. Corrupción.

⁴³ Ibid.

De acuerdo al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, es constante la preocupación de que en un proceso contractual no se cumpla lo planteado en él, ya que de acuerdo a la OCDE, la contratación presenta unas zonas oscuras que afectan los procesos contractuales sobre todo lo relacionado con la selección objetiva del contratista que es donde más se concentra la corrupción. De ahí que el Banco Mundial y la Vicepresidencia de la República indicaran las irregularidades latentes en un proceso de contratación a saber:

Las fases preparatorias del proceso contractual y post-proceso, desde la evaluación de necesidades (planeación) hasta la ejecución del contrato. La primera fase afecta principalmente el principio de selección objetiva, aunque también afecta el principio de planeación como cuando se contrata la adquisición de bienes o servicios innecesarios, o afecta a ambos principios cuando se hace la adquisición a precios que no corresponden a los precios de mercado.

Las excepciones a la regla general. La licitación pública y la subasta se han erigido como procesos que tienen elementos más elaborados que permitirían la aplicación integral del principio de selección objetiva. Por tanto, siempre se ha considerado que los procesos excepcionales tienen más riesgos de corrupción. Esto ha conllevado a que la legislación que se adopte esté orientada a establecer normas cada vez más estrictas para los procesos contractuales excepcionales, como la contratación directa.

En la etapa post-proceso, los contratistas-sector empresarial buscan la realización de cambios a los términos contractuales a pesar de no existir suficiente justificación, con el único fin de lograr un incremento en el valor del contrato, dado que la ley permite ajustes del presupuesto hasta por un 50% del valor original del contrato y que, además, las renegociaciones y adiciones a los contratos no están sujetas a las mismas exigencias de publicidad (transparencia) y competencia (selección objetiva) que los contratos iniciales.

Otra irregularidad frecuente en los procesos de licitación es la existencia de monopolios de contratistas. Estos contratistas son considerados como los únicos capaces de ofrecer productos o servicios al Estado, obteniendo una posición dominante que restringe la libre competencia en el mercado contractual.⁴⁴

A nivel internacional, la licitación pública ha sido uno de los temas que más esfuerzos ha centrado a pesar de que ha sido la modalidad más regulada y transparente en la contratación. En años anteriores, en el foro OCDE 2004, los países insistieron en que se debía dar gran importancia a las zonas oscuras de la contratación que mencionamos con anterioridad, pero sobre todo a aquellas que no están sujetas a los

⁴⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. 2011. p. 13.

requisitos de transparencia y son vulnerables a conductas de corrupción⁴⁵. Entre ellas señalan:

- Las fases pre concurso y pos concurso, desde la evaluación de necesidades a la gestión de contratos y pagos.
- Las excepciones a los procedimientos de competencia, que se refieren a circunstancias especiales, como la extrema urgencia, y los contratos de bajo costo.

De acuerdo a la OCDE, la corrupción prospera en el secreto de una entidad, ya que para evitar la corrupción es fundamental tanto la transparencia como la responsabilidad en la gestión. Pero estas deben estar en equilibrio con una buena gobernanza que se traduzca en el eficiente manejo de los recursos públicos o la existencia de la libre competencia. Y es aquí cuando los funcionarios que están a cargo del proceso contractual deciden si se enfrentan con definir un grado de responsabilidad y transparencia por la gestión para reducir los riesgos de la corrupción y conseguir los demás fines de la contratación.⁴⁶

1.2 CARACTERÍSTICAS

Las características de la corrupción en la contratación pública no son tan diferentes a las planteadas para otros casos de corrupción. Entender y combatir dicho fenómeno conlleva a trascender el mero estudio del concepto buscando así algunas características fundamentales para que con ello se posibilite pensar de una manera no trivial esta anomalía, lo que conlleva a proponer medidas tanto de prevención como de choque en un Estado en el cual se está acostumbrado a que por un contrato que se adjudique, una o varias personas tengan que lucrarse con ello ya sea con favores personales o dinero.

Sin embargo, independientemente de la lectura que se haga de la corrupción, no es posible que se pase por alto el hecho de que dicha anomalía se da necesariamente dentro de un sistema normativo entendido como “todo conjunto de reglas que –en cada

⁴⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2009. Traducción de Isabel Sánchez Gil.

⁴⁶ Ibid.

caso– regulan una práctica social [...] Esto significa rechazar la concepción habitual según la cual el fenómeno de la corrupción es eminentemente político”⁴⁷.

Con lo cual podemos encontrar que esta depravación del sistema se encuentra en otros ámbitos y organizaciones en los que se ejerce el poder, por ejemplo, comunidades religiosas, clubes deportivos o instituciones educativas. En el caso que nos ocupa, es decir en la contratación estatal, la corrupción es tan recurrente en las entidades públicas que la sociedad la ve con ojos de rechazo, puesto que al haber conductas que van en detrimento de los intereses públicos así mismo van en contra de toda moralidad; teniendo en cuenta que la mayoría de las veces tienen un tinte político, ya que los ordenadores del gasto en muchas ocasiones tienen como fin último obtener beneficios personales al celebrar contratos, sobretodo en la licitación pública que es una de las modalidades que por excelencia es la más utilizada y en la que más recursos públicos se ejecutan sin dejar de lado las otras modalidades contractuales.

De ahí se puede deducir que toda actividad corrupta tiene como requisito obligatorio la presencia de una autoridad de la organización, una persona con la capacidad de determinar los rumbos futuros del personal o de la entidad. En alguna medida quien participa en un acto de corrupción tiene la capacidad de decidir y, en tanto posee esta facultad, se encuentra obligado a actuar en los marcos de una moralidad institucional que ha adquirido al posesionarse en el cargo, cualquiera que este sea.

Este ente decisor debería contar con las características que John Rawls⁴⁸ plantea como pertenecientes a las personas razonables, aquellos que integran un alto grado de cooperación o solidaridad a diferencia de las personas racionales, quienes solo centran la atención en sí mismos. Lo razonable pertenece al ámbito de lo público en tanto que, a través de lo razonable entramos como iguales al mundo de lo público de los demás y nos preparamos para proponer o aceptar los términos justos de la cooperación con ellos.

La ética de una persona razonable que se encuentra en un cargo institucional, en el cual ejerce poder, específicamente autoridad decisoria, no se fundamenta en el deber sino en la obligación, debido a los deberes posicionales que se adquieren en un cargo. De ahí que haya abuso del poder y se le dé al proceso de licitación el manejo que él considere pertinente, puesto que tiene la potestad para manipular el proceso desde el momento en que se realizan los estudios previos y los pliegos de condiciones, haciendo que el personal que tiene bajo su mando realice conductas fraudulentas que conlleven a que él mismo escoja a quien se le va a adjudicar el proceso contractual.

⁴⁷ GARZÓN Valdés, Ernesto. La corrupción política. Alianza Editorial, 1997. p. 42.

⁴⁸ Ibid. p. 44.

Por lo anterior, se pone de manifiesto la necesaria presencia de una o más personas, no importa que ejerzan poder de decisión o no, por lo que se debe entender como un delito participativo en el que alguna de las partes obtiene beneficios económicos o extra posicionales. En pro de la obtención de dichos privilegios nos plantea Garzón Valdés⁴⁹ la existencia de dos formas de aparición del fenómeno corrupto; el primer método consiste en dar beneficios al decisor para que viole, incumpla una obligación adquirida por su cargo, esto es más conocido como un soborno. Por otra parte, encontramos el caso de un funcionario que realiza su trabajo de manera tal que se pueda catalogar como lenta e ineficaz, con el fin de que otra persona afectada por este hecho ofrezca beneficios en pro del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el cargo, caso en el cual hablamos de una extorsión. Es curioso observar que tanto quien ofrece beneficios para el incumplimiento de la obligación como quien los ofrece para el rápido cumplimiento de la labor, prefieran dar beneficios a no obtener un bien. Por lo anterior se deduce que “la corrupción es un acto racional y por consiguiente, promueve los intereses privados de sus participantes”.⁵⁰

Por una parte, la explicación a la corrupción en las instituciones —desde Rawls— es que los participantes decisores de la institución son personas racionales que no tienen un sentido efectivo de justicia por lo que estos sujetos no cumplen las reglas básicas justas. Entendiendo además que dichas normas básicas se fundamentan al igual que la justicia en la imparcialidad, eje fundamental de trabajo de Rawls. Por lo cual, el fenómeno de la corrupción no desaparece en la sociedad pensada por este autor, si bien es deseable que todos los sujetos sean razonables, lo racional es constitutivo de lo humano, es decir en algún modo estará presente la capacidad de juicio y deliberación que persigue fines e intereses individuales.

Hasta aquí extraemos cinco características fundamentales de la corrupción: **OJO**

- La corrupción se da dentro de un sistema normativo por lo cual no es eminentemente un fenómeno político.
- La corrupción necesita de decisor e involucra a otras personas, por lo cual se debe ver como un abuso de poder.
- Formas de corrupción: soborno y extorsión buscan el incumplimiento de la obligación por parte del funcionario o el cumplimiento adecuado de la función.
- El funcionario corrupto siempre busca beneficios monetarios o extra posicionales.
- La corrupción tiene raíces en la condición humana, fundamentada en la razón y la libertad.

⁴⁹ Ibid. p. 45-46.

⁵⁰ Ibid. p. 47.

Por otra parte, Castro Cuenca⁵¹ señala que pueden haber tres definiciones de corrupción teniendo en cuenta el aspecto en el cual se haga énfasis: “1. La corrupción implica el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal. 2. La corrupción es el abuso del oficio público. 3. La corrupción como la violación de un deber posicional efectuado con el objeto de obtener un beneficio extra posicional”⁵².

Para Rawls el primer elemento es la posibilidad del hombre de elegir entre ser un sujeto racional y uno razonable dentro de un sistema normativo. Sin embargo, Castro Cuenca nos plantea que más que la posibilidad de infringir la norma, es la intención del individuo de vulnerar el interés público; con lo cual el acto corrupto surge a raíz de la voluntad de un funcionario por transgredir la riqueza común.

Como segundo elemento se plantea que “es necesaria la intervención de un funcionario público que abuse de su cargo, bien sea profiriendo un acto administrativo ilegal, omitiendo proferirlo o realizando cualquier otra actuación administrativa.” Este segundo elemento es denominado por el autor como un elemento adjetivo. Por tercer elemento característico de un acto corrupto se encuentra el aspecto material, denominación que al parecer se debe tener en cuenta ya que nos remite generalmente a elementos instrumentales o utilitarios y como el mismo autor lo advierte, no son necesariamente ni bienes, ni ganancias económicas, pueden ser hasta beneficios intangibles como cargos políticos o relaciones sexuales, entre otros.

Castro también plantea algo para tener en cuenta y que se encuentra en contraposición a lo que dice Garzón Valdés, pues el primer autor afirma que un hecho corrupto puede ser perpetrado por una sola persona, lo cual nos pone en el panorama de otra manera de corrupción que no pasa ni por el soborno, ni por la extorsión, “pues existen múltiples eventos en los cuales el servidor público corrupto es el beneficiado directo de su conducta”⁵³.

Así pues es notorio que los cinco elementos extraídos de Garzón Valdés se encuentran también presentes en Castro Cuenca, sin embargo, este último autor los sintetiza en solo tres: elemento subjetivo, elemento adjetivo y aspecto material.

⁵¹ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009.

⁵² Ibid., p. 27-29 y 30.

⁵³ Ibid., p. 32.

En el primero de estos involucra el hecho de que la corrupción tenga raíces en la condición humana y nos agrega la intención —más que la posibilidad— del sujeto hacia el acto corrupto. El segundo componente plantea lo que anteriormente se mencionaba como la necesidad de un decisor que abuse del poder que ejerce, además de ello involucra la necesidad de un sistema normativo relevante para la existencia de la anomalía que tanto hemos mencionado. En el elemento denominado por Castro como aspecto material se conjugan los diversos bienes y beneficios, no solamente económicos que recibe quien es partícipe del acto corrupto, nos habla de otra manera de corrupción en la que solamente se encuentra implicado el funcionario corrupto, por lo cual no se encuentra ni un sobornante, ni un extorsionado.

Como bien se sabe, la mayoría de los recursos públicos ya sean de funcionamiento o inversión son invertidos en la contratación pública con el fin de cumplir con los planes de desarrollo y demás desafíos frente a los cuales se enfrenta el Estado, haciendo que el sector empresarial sea atraído hacia dicho campo haciéndose también atractivo para los corruptos. Es por ello que en varios apartes de este trabajo y tal como lo señala Transparencia Internacional, en la contratación pública el manejo por debajo de la mesa y los sobornos inician desde el momento mismo en que se hacen los pliegos de condiciones, situación que hace que los pliegos estén direccionados al proponente escogido. Además, quienes realizan los procesos aprovechando la estructura de contratación utilizan gran cantidad de excepcionalidades en las licitaciones públicas para buscar beneficios particulares.⁵⁴

Algo que ha sido fundamental también en los procesos contractuales, es que los interesados en determinada licitación presentan observaciones que muchas veces no tienen sentido ni justificación valedera para cambiar las condiciones de los pliegos, pero como desafortunadamente muchos de esos proponentes son los elegidos, la entidad accede a ellos dejando sin oportunidad a otros proponentes que tal vez tengan mayor experiencia, capacidad y demás facultades que sean de gran ventaja para la obra, bien o servicio a contratarse.

En ocasiones, el campo de la contratación es tan nubloso que el proponente elegido hace que se hagan cambios a los pliegos de condiciones con el fin de que el presupuesto le sea aumentado hasta en un cincuenta por ciento. Pero esto no va hasta ahí, los mismos contratistas manipulan los precios del mercado con el fin de presentar una oferta baja y que les sea adjudicada la licitación.⁵⁵

⁵⁴ La corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Cuadernos de Administración N.º 33, Universidad del Valle. Junio de 2005.

⁵⁵ Ibid., p. 47.

Según los estudios del Banco Mundial y de la Vicepresidencia de la República⁵⁶, en las licitaciones públicas una de las irregularidades que más se presenta es la de los monopolios de contratistas, un grupo específico y exclusivo, donde solo ellos pueden ofrecer productos o servicios a las entidades públicas, tomando una posición dominante, lo que causa una contratación restringida.

1.3 EFECTOS ADVERSOS

Como es de imaginarse, la corrupción en la contratación pública trae consigo un sinnúmero de conraindicaciones que afectan a un estado en su economía y socialmente muchos concuerdan que en sí mismo el fenómeno a pesar de ser cometido por personas con altos cargos que perciben sueldos extraordinarios no son los directamente afectados; sino por el contrario es el sector pobre de la sociedad quien recibe todas las consecuencias, perjudicando el desarrollo del Estado, situación que genera aún más problemáticas.

Al momento de ver las consecuencias negativas de este fenómeno, el punto de atención es el sector público, es allí donde primordialmente analizaremos los perjuicios que generan algunos funcionarios corruptos sobre las diferentes administraciones públicas existentes en un Estado.

Si bien es cierto, algunos consideran que la corrupción en la contratación pública trae efectos positivos, para otros es más acertado señalar que son más los efectos negativos; ya que por ejemplo desde el punto de vista económico se generan distorsiones de carácter macroeconómico y en las barreras de crecimiento, además de que aparecen preferencias dirigidas al sector privado, haciendo que de una u otra manera se den ineficiencias en las operaciones y proyectos de las Entidades del Estado⁵⁷, ya que al poder controlar los procesos contractuales, se puede desde adentro decidir a quién se le adjudicará un contrato. Traduciéndose esto en que los funcionarios públicos no estarían en función de prestar un servicio como es debido sino que serían agentes buscando rentas, a través de la posición de poder que detentan, ya que tienen la potestad de decidir sobre los bienes y servicios a adquirir.

⁵⁶ La corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Cuadernos de Administración N.º 33, Universidad del Valle. Junio de 2005. p. 47⁵⁷ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

Basados en información de Villoría Mendieta⁵⁸ e investigaciones realizadas por el Instituto del Banco Mundial y otros investigadores como Mauro, Tanzi y Davoodi se establecen doce maneras en las que la corrupción genera perjuicios, recogidas en tres categorías: al gobierno, a la población y a ambas instituciones, primordialmente en el crecimiento y el desarrollo, podemos indicar que esto también aplica para la corrupción en la contratación estatal, ya que al jugar con la contratación de una entidad también se está jugando con los proyectos de desarrollo de un Estado, truncando todas las posibilidades de avance.

| Perjuicios al Gobierno | Perjuicios a la población | Perjuicios a ambas instituciones |
|--|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Disminución de ingresos al gobierno. • Reducción en la capacidad de control regulatorio. • Distorsión del papel del Estado como garante de derechos. • Reduce la inversión extranjera directa. • La corrupción tiende a incrementarse naturalmente. • Incrementa el gasto corriente asociado a políticas improductivas. | <ul style="list-style-type: none"> • Reducción de las infraestructuras existentes. • La corrupción se plantea como impuesto arbitrario. • Reducción de los gastos en educación y salud. | <ul style="list-style-type: none"> • Reduce la productividad de la inversión pública. • Distorsiona los incentivos y produce una selección adversa de elites. • Reduce la inversión y con ello la tasa de crecimiento. |

Pero además de estos efectos, el autor encuentra que este fenómeno afecta diversos espacios de la vida nacional, por ejemplo, a raíz de la corrupción se ven afectadas las políticas sociales, dado que estas se definen e implantan con el objetivo de beneficiar a quienes tienen cierta capacidad de pago, además desvía la demanda de las verdaderas necesidades sociales debido a que se incrementa el gasto de materiales o elementos necesarios en lugares y situaciones que no requieren realmente intervención alguna.

Por otra parte, al darse la más mínima evidencia de corrupción en los procesos contractuales, se estimula el desarrollo de actividades burocráticas que dificultan el

⁵⁸ VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis, 2006. p. 81-83.

cumplimiento de la obligación del funcionario, como lo planteamos anteriormente es un agente de renta, generando inconvenientes desde el mismo momento en que se da la publicación del proyecto de pliegos, ya que comienzan a encuadrar los procesos acorde a las necesidades del contratista elegido con el fin de favorecer al funcionario encargado del mismo, sumándole a ello el impulso de los contratistas por pagar sobornos en pro de conseguir contratos con los que tienen que maximizar en corto plazo los beneficios. Con todo ello se llega a que la corrupción incrementa las desigualdades en la sociedad y por lo tanto la pobreza.

Por otra parte, Castro Cuenca⁵⁹ divide los efectos según el aspecto concreto por el que se manifiesta —aspecto interno, adjetivo y material— así pues la vulneración al primero de estos aspectos se convierte en una infracción a la libre competencia, la transgresión del aspecto adjetivo conlleva a la deslegitimación del sistema y la violación del aspecto material reduce la eficacia de la administración pública. En la perspectiva de este autor se deduce que los perjuicios se pueden catalogar en tres categorías a saber: perjuicios a la participación en el mercado, perjuicios al gobierno y perjuicios a la población.

Dichos perjuicios a la participación en el mercado se encuentran en tres diferentes circunstancias según el auto: en un primer hecho se encuentra que la reducción de la inversión —debido a que usualmente este es un fenómeno repetitivo— los licitantes perciben que la recuperación del gasto llega a ser a muy largo y en momentos hasta incierto, se presenta una falta de trato equitativo entre los participantes en la puja, además de que los costos aumentan debido a la cantidad de sobornos o extorsiones que habitualmente terminan pagando.

En un segundo momento, los costos aumentan debido a los pagos extra que se convierten en cotidianos en pro de la consecución de beneficios ilícitos. Así mismo se ve perjudicada la producción debido a que es constante la reducción de los servicios prestados cuando el costo de dicho servicio supera la esperanza de retorno y ganancia de la inversión con lo cual se disminuyen las prestaciones a los ciudadanos y por ende disminuye la calidad de vida de la población⁶⁰.

Además de ello, en un tercer y último hecho que afecta la participación en el mercado, se aprecia que la competitividad en el mismo se reduce debido a la existencia de irregularidades en las que generalmente ya existe un proponente prioritario —debido a su mayor capacidad y disposición al pago de sobornos o extorsiones— ello conlleva a

⁵⁹ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 77-84.

⁶⁰ Ibid., p. 77.

que quienes participan en la puja se concentren más en la superación del pago ilícito en pro de beneficios no legítimos que en la inyección de capital a la investigación y modernización de las tecnologías, maquinarias y materiales con los que realizan las intervenciones a ellos adjudicadas.

Castro Cuenca⁶¹ cataloga los daños al Gobierno entre daños internos e internacionales, más allá de esta diferenciación siempre se termina en el menoscabo de la legitimidad del sistema democrático tanto nacional como internacional. Entre los daños internos del fenómeno se encuentran el desprecio y el abuso de los intereses y opiniones de los ciudadanos por lo cual se genera en la población una distancia entre gobierno y ciudadanía, lo que conlleva al escepticismo de la ciudadanía frente a la eficacia y el accionar de las entidades públicas, todo ello trasciende hasta convertirse en displicencia ante procesos electorales.

En el ámbito de lo internacional, “la corrupción se ha convertido en una sutil venda a través de la cual un gran sector de la comunidad internacional ‘hace la vista gorda’ a terribles violaciones de derechos humanos, a cambio de mantener en el poder a regímenes dictatoriales que les proporcionan millonarias concesiones para la explotación de hidrocarburos”⁶².

Con lo cual nos encontramos en un panorama de relaciones internacionales que se mueven en dos ámbitos, el primero de ellos en los intereses monetarios y territoriales de algunos países permitiendo a otros gobiernos convertirse en regímenes totalitarios con tal de mantener dominio y control en operaciones minero-energéticas, mientras que en el segundo plano en convenciones de Naciones Unidas, reuniones del G8 y G20, se escuchan fuertes pronunciamientos e intimidaciones por parte de los países contra los mismos regímenes a los que veladamente apoyan con planes como petróleo por alimentos.

Los perjuicios a la población que se generan desde el aspecto material de la corrupción en la contratación, surgen por el hecho de que algunos decisores se ingenian la manera de desviar presupuestos públicos hacia arcas privadas o realizan otros actos ilegales que no necesariamente representan beneficios económicos, pero sí se ven reflejados en detrimentos del patrimonio público por lo cual se afecta la inversión y el gasto que hace el Estado, lo que disminuye el desarrollo económico del país. Sin embargo, no solamente se ve afectado el desarrollo económico, generalmente este desvío de fondos implica la reducción del gasto del Estado en los sectores menos productivos económicamente como la salud y la educación, generando así un daño a

⁶¹ Ibid., p. 79-80.

⁶² Ibid., p. 80-81.

poblaciones vulnerables y de escasos recursos. El recorte de presupuesto para obras de infraestructura también se traduce en la necesidad de buscar materiales a bajo costo con lo que se aumentan los riesgos de pronto deterioro en las obras públicas, lo cual incrementa el riesgo de seguridad tanto para constructores y empleados, como para la ciudadanía en general.

A continuación se esquematizan los daños más comunes que genera la corrupción en la contratación pública tomando dos referentes: en el primero se encuentran los aspectos de la corrupción mencionados por Castro Cuenca, y en el segundo referente son tenidas en cuenta las entidades a las cuales les es generado el perjuicio.

| | Perjuicios Gobierno | Perjuicios Ciudadanía | Perjuicios participación en el mercado |
|-------------------------|--|--|---|
| Aspecto interno | <ul style="list-style-type: none"> • Reducción en la capacidad de control regulatorio. • La corrupción tiende a incrementarse naturalmente. | <ul style="list-style-type: none"> • La corrupción se plantea como impuesto arbitrario. | <ul style="list-style-type: none"> • Los costos aumentan debido a los pagos extra. |
| Aspecto adjetivo | <ul style="list-style-type: none"> • Distorsión del papel del Estado como garante de derechos. • Incrementa el gasto corriente asociado a políticas improductivas. | <ul style="list-style-type: none"> • La población tiene que destinar dinero de sus ingresos para pagar sobornos o extorsiones con tal de tener acceso a los servicios básicos como salud y educación. | <ul style="list-style-type: none"> • Distorsiona los incentivos y produce una selección adversa de elites. • Quienes participan en la puja se concentran más en la superación del pago ilícito en pro de beneficios no legítimos. |
| Aspecto material | <ul style="list-style-type: none"> • Disminución de ingresos al gobierno • Reduce la inversión extranjera directa. | <ul style="list-style-type: none"> • Reducción de las infraestructuras existentes. • Reducción de los gastos en educación y salud. | <ul style="list-style-type: none"> • La recuperación del gasto llega a ser a muy largo plazo y en momentos hasta incierta. |

| | Perjuicios Gobierno | Perjuicios Ciudadanía | Perjuicios participación en el mercado |
|--|--|---|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • Reduce la productividad de la inversión pública. | <ul style="list-style-type: none"> • Reduce la inversión y con ella la tasa de crecimiento | |

La corrupción en la contratación estatal hace que el ordenador del gasto o el funcionario que esté a cargo del proceso contractual se preocupe por el interés general y social en la medida en que favorezca su interés personal ya sea para mantener su empleo o ser ascendido, aumentar su remuneración, su prestigio social y profesional, sin perder de vista que el soborno y la extorsión son sus mejores herramientas para ello, reforzando efectos nocivos como la deslegitimación del Estado, la ineficiencia empresarial, la indebida asignación de recursos públicos, distorsionando por completo las políticas públicas.⁶³

Desde el punto de vista económico, los efectos negativos de la corrupción en la contratación estatal son la reducción de inversión, la generación de sobrecostos, lo que hace que se desestime la inversión tanto nacional como extranjera en el área de aplicación de nuevas ideas e innovaciones tecnológicas, disminuyendo con ello el crecimiento económico.⁶⁴

Una de las consecuencias más graves de la corrupción en la contratación es el aumento de los costos de transacción de forma alarmante puesto que los contratistas tienen que hacer pagos extraoficiales a los funcionarios encargados de los procesos, en este caso las compras estatales, esto sumado a pérdidas por incumplimiento y las diversas condiciones de incertidumbre, esto hace que todos esos costos extra sean trasladados a los bienes y servicios que se ofrecen a la entidad, puesto que de acuerdo al Banco Mundial, los funcionarios piden el 10% o el 25% sobre el valor del contrato,⁶⁵ aunque también se dan casos donde los proponentes hacen pagos extras para asegurar la adjudicación

Otro aspecto fundamental, siguiendo al autor, es que el funcionario con tal de presionar para obtener la utilidad, agrega a los pliegos requerimientos que no son necesarios, así como la introducción de irregularidades en los procesos, haciendo que

⁶³ La Corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Cuadernos de Administración N.º 33, Universidad del Valle. Junio de 2005.

⁶⁴ Ibid., p. 48.

⁶⁵ Ibid.

se reduzca la calidad de bienes o servicios a adquirir y haciendo que se presenten condiciones de desigualdad en la competencia de proponentes.

Pero no solo lo mencionado es lo peor que genera la corrupción en la contratación pública, detrás de todo ello hay un fuerte golpe al Gobierno Nacional, ya que de forma inminente se aumentan los gastos y se reduce la recaudación de impuestos, lo cual genera déficit fiscal, traduciéndose en que el gasto público lo hace menos productivo y la inversión social se reduce, estancando el desarrollo del país y el deterioro del patrimonio social.

Concluyendo los efectos negativos de la corrupción en la contratación estatal, podemos decir que se pierde por completo la confianza que la sociedad tiene sobre los funcionarios públicos y sus instituciones, haciendo que se deslegitime el Estado y se atente contra la gobernabilidad y la democracia, haciendo que se dé una inestabilidad política. Teniendo en cuenta que los efectos no solo se generan a nivel nacional sino también internacional, donde estos actos trascienden y hacen que la imagen del país se desprestige, causando que las empresas extranjeras interesadas se abstengan de invertir al ver el comportamiento contractual del Estado. Con el mal manejo que se les da a los recursos, los ciudadanos no tienen la posibilidad de alcanzar un nivel de vida superior ya que los recursos no se usan en pro de la sociedad haciendo que la pobreza aumente de manera desconsiderada, generando una desigualdad abismal haciendo que a su vez que el grado de violencia aumente.⁶⁶

Finalmente y de acuerdo a Transparencia Internacional⁶⁷, algunas personas que se interesan en el ámbito del desarrollo insisten en que la corrupción en la contratación pública sí puede traer efectos positivos a la sociedad y a la economía en el sentido que se pueden generar flujos económicos paralelos y neutrales que hacen que se lubrique el desempeño de la economía⁶⁸. Castro Cuenca⁶⁹ indica que para varios autores la corrupción puede ser lubricante, debido a que va en contra de la indiferencia y la hostilidad de los Estados a invertir, y que esto conlleva a ver de forma diferente e indagar actividades que traigan consigo desarrollo económico.

Otro punto que supuestamente tiene a favor la corrupción es la redistribución de los ingresos hacia los sectores excluidos por el sistema social y jurídico, facilitando de

⁶⁶ Ibid. p. 50-51.

⁶⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Consecuencia de la Corrupción en términos de crecimiento y desigualdad. Transparency International, 2014. p. 1.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 84.

esta manera su integración. Así mismo y de acuerdo al autor, se mejoraría la vida de los funcionarios públicos ya que aumentarían los salarios, se contratarían empleados más preparados y a la vez se generarían empleos alternativos.

En cuanto a los efectos positivos según Castro Cuenca⁷⁰, él señala que hay tres contraposiciones que nos alejan de la idea de que el fenómeno tenga efectos positivos. El primero de ellos consiste en que no es válido el argumento de que la corrupción lubrica la economía ya que las empresas que tienen la mayor tendencia a hacer sobornos pierden mucho más tiempo que aquellas que no lo hacen. Como segunda contraposición está que quienes sostienen el tema de la lubricación no conocen completamente que las conductas corruptas dentro del área de la infraestructura (obras, vías, etc.) hacen que se dé un detrimento considerable en los fondos públicos y finalmente al creer que se incentiva el crecimiento y desarrollo en el sector privado porque supuestamente la riqueza se transfiere a los empresarios, lo que genera en los países en pleno desarrollo es creación de empresas ficticias, economías artificiales, que además conllevan a desestimar las empresas nacionales ya que todos esos sobornos son pagados por multinacionales que no generan nada bueno para la infraestructura del país, sino que se da una fuga de capital al país del que proviene.

Si bien es cierto que hay efectos positivos, estos solo favorecen a los que manejan el capital acumulando poco a poco más dinero, pero a un alto costo, empobreciendo y acabando con una sociedad que trata de surgir ya sea con grandes o medianas empresas o trabajando honestamente en las entidades estatales.

⁷⁰ Ibid.

1.4 FACTORES QUE CONLLEVAN A DELINQUIR EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Son múltiples los factores que se pueden mencionar a continuación, sin embargo estimo conveniente iniciar este apartado con lo planteado por González Pérez cuando sitúa algunas raíces de la corrupción en los años finales del siglo XX; porque durante los primeros años del mismo siglo la visión que se tenía sobre la función pública era bastante honrosa. “El funcionario está obligado a cumplir con todas aquellas prestaciones que se precisan en los reglamentos de servicio y por ende, a asumir todas las tareas que, en general, exija una óptima prestación”.⁷¹

Sin embargo, como lo plantea el autor, dicha posición fue menoscabada por la propagación del sindicalismo con lo cual “los funcionarios sindicalistas se veían a sí mismos como puros y simples trabajadores y como tales, no como funcionarios, querían ser tratados”.⁷² Se encuentra entonces un cambio de visión de la sociedad respecto a la función pública, el hecho de ser un funcionario público deja de ser una “misión” para convertirse en un trabajo más, con lo cual se pierde toda una mística existente entorno a lo público que exige por parte del funcionario un respeto especial como el que se da ante lo considerado como sacro.

Es a partir de esa categoría de funcionario que es posible la existencia de la corrupción y precisamente por esa degradación de la labor del mismo a no más que un trabajo. Y debido a funcionarios públicos que asumen su labor como solamente un trabajo remunerado se encuentran presentes en todas las escalas y cargos de las entidades públicas, las posibilidades de cometer irregularidades que vayan en contra del erario público son bastante amplias, razón por la que encontramos documentos como el artículo institucional de Transparencia por Colombia publicado en octubre del año 2007 y titulado *Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes*.

Allí se plantean algunas de las causas por las cuales se posibilita la corrupción, específicamente en asuntos de la contratación, así pues, encontramos que las puertas abren la posibilidad a hechos irregulares cuando se encuentran falencias en las reglas del juego, inexactitudes que pueden consternar el proceso de licitación y llegar a favorecer a terceros, por lo cual se puede afirmar que en la redacción de los pliegos de condiciones se encuentran presentes algunas subjetividades que participan activamente y hacen perder la imparcialidad, por lo tanto este se llega a convertir en un proceso injusto.

⁷¹ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 42.

⁷² Ibid.

Además de ello, la presencia de subjetividades en los procesos de contratación con las entidades públicas abre las puertas al cambio de las reglas o pliegos de condiciones, posterior a que el contrato haya sido asignado, a lo cual se suma la falta de rigurosidad en las adiciones de plazos y precios, por lo que se “puede ocasionar que los proponentes presenten ofertas que saben que no estarán en condiciones de cumplir, con el único fin de ser beneficiados en la adjudicación y luego solicitar las adiciones que sean necesarias, perjudicando a los oferentes de buena fe”⁷³.

En el mismo texto se cita la participación de Luis Jorge Garay en el Foro de Lucha contra Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional del año 2002:

En Colombia una importante parte de la pérdida de recursos públicos no es por corrupción, penalmente abierta, sino por un conjunto de modificaciones en contrataciones perfectamente hechas en términos jurídicos, pero con unas falencias en su especificación contractual a nivel técnico para la defensa de los intereses colectivos, que pueden favorecer la realización de ganancias extraordinarias de ciertos conglomerados privados nacionales e internacionales sin una debida justificación técnica, pero sí con una estricta validez legal. Práctica que en últimas es imposible demostrar como fruto de corrupción abierta de funcionarios públicos o incluso de las empresas favorecidas por fallas en la especificación técnica de los términos y condiciones contractuales⁷⁴.

Ante este problema planteado en el documento de Transparencia por Colombia, la misma institución propone la necesidad de dar rigor a la reglamentación interna de la contratación de tal manera que los pliegos de condiciones lleguen a ser vistos como inmodificables, más estrictos y menos flexibles, por lo cual es indispensable que los licitantes piensen su participación en los procesos de contratación desde el principio de planeación en los procesos de contratación. En este mismo sentido, González Pérez retoma el informe de Lord Notan, quien plantea normas paralelas a las normas legítimas, entre ellas: “que todo organismo establezca su código de conductas, claras y precisas que hay que hacer cumplir”.⁷⁵

Otras posibilidades que se presentan por parte de Transparencia por Colombia para superar el flagelo de la corrupción es la capacitación de los servidores públicos debido a que “el funcionario público asignado a las áreas de contratación se percibe como escasamente calificado y desconocedor de las normas aplicables a sus funciones”⁷⁶, con lo cual se hace necesario fortalecer estas áreas de las entidades

⁷³ TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Mejores Leyes son necesarias pero no suficientes. 2007.

⁷⁴ Ibid. s.p.

⁷⁵ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 44.

⁷⁶ Op. Cit.

públicas con personal capacitado y perfiles claros de los funcionarios que deben desempeñar su labor dentro de la institución.

Además de ello, en el mismo documento se plantea la necesidad de visibilizar los procesos de contratación, estrategia que se ha venido implementando en el país. Sin embargo aún hay directivas presidenciales como la 02 de 2007 que obliga a las entidades a nivel nacional a publicar en las páginas web los contratos que celebren dichas instituciones públicas. Esto coincide con el tercer elemento paralelo a las leyes del Estado propuesto por Lord Nolan, la adherencia a un análisis externo de los procesos para así garantizar el control externo de los procesos con el fin de disminuir las posibilidades de escape de los recursos pertenecientes a las arcas públicas.

Pero funcionarios que tomen su labor como un simple trabajo no solamente se encuentran en las áreas de contratación, también se encuentran en todas las áreas de las entidades públicas, por lo cual los factores que contribuyen con la corrupción son múltiples y muy variados, un amplio panorama de ellos son planteados en *Governance, Corruption, & Economic Performance* editado por Abed y Gupta en el año 2002. Específicamente en la contribución de Vito Tanzi titulada *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, el autor plantea que “la corrupción es generalmente relacionada con las actividades del Estado y especialmente con el monopolio y poder discrecional del Estado”⁷⁷, los factores que señala el autor como contribuyentes a los hechos corruptos son:

- La existencia de poderes en un solo funcionario para autorizar e inspeccionar actividades con lo cual las funciones a su cargo pueden ser retrasadas durante un tiempo indeterminado, lo que abre las posibilidades a extorsiones por parte de dichos trabajadores.
- La posibilidad de interpretación de las leyes, de tal manera que se pueda favorecer a terceros o contribuyentes.
- La no existencia de canales claros de comunicación entre la ciudadanía y el Estado.
- La remuneración salarial de los funcionarios no es adecuada, por lo cual dichos funcionarios no están satisfechos. A esta característica, Castro Cuenca⁷⁸ agrega la inestabilidad laboral, por lo cual se acude en momentos a las órdenes de algunos padrinos políticos que aseguran la permanencia en el cargo de dicho funcionario.

⁷⁷ INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington D.C. 2002. Traducción realizada por la autora de la investigación.

⁷⁸ CASTRO Cuenca, Carlos. *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 50.

- La ligera penalización de los casos de corrupción hallados en las entidades públicas.
- Los controles del Estado y los funcionarios que ejercen dichos controles no los ejercen de manera adecuada por lo cual la vigilancia es débil.
- La existencia de cuentas ocultas y alternas, lo cual evidencia el hecho de actitudes poco transparentes.
- La capacidad de un solo funcionario para tomar decisiones entorno a:
 - Utilización de terrenos
 - Autorización de inversiones extranjeras
 - Venta de activos del sector público
 - Privatización de empresas
 - Proporcionar poder del tipo monopolio.
- Falta de independencia en los órganos de control, debido a que no tienen el poder o el presupuesto necesario.

Por otra parte, Castro Cuenca⁷⁹ plantea una diferenciación entre los factores que abren la posibilidad de la existencia de hechos corruptos en las entidades públicas, en primer momento encontramos los factores que benefician los intereses particulares e individuales, a partir del hecho de que las instituciones se encuentran permeadas por la posibilidad de los individuos partícipes de ella de priorizar los intereses que le son particulares. Además de ello se debe resaltar la falta de conciencia colectiva en pro de preservar los recursos del erario público por lo que se tolera socialmente la corrupción.

La inestabilidad laboral y los bajos salarios hacen que los funcionarios mantengan y cuiden sus relaciones con padrinos políticos, generando clientelismos. Además de ello, el otro factor mencionado por el autor es la existencia de intereses financieros en la política, en otras palabras, la financiación de partidos políticos.

Se encuentran también los factores catalogados como de abuso del poder, radican en la expansión de las actividades estatales a espacios económicos y administrativos debido a que favorecen la privatización de varias entidades estatales, lo cual no permite que se apliquen en estas entidades las políticas públicas contra la corrupción, además de que el hecho mismo de la privatización puede ser toda una transacción corrupta. Entre estos factores también se encuentra el abuso de la discreción por parte de los funcionarios, lo que puede llevar a la arbitrariedad por parte del funcionario en la toma de decisiones, punto en el que coincide Castro Cuenca con Vito Tanzi. El último factor por el abuso de poder es la ineficiencia en la administración pública, con lo que se abren

⁷⁹ Ibid., p. 50.

las puertas a la extorsión por parte de los funcionarios o el soborno por parte de quienes necesitan un servicio.

Los factores que tienen que ver con la desviación de los recursos públicos son la ausencia de mecanismos de control, como lo dice la cita que hace Castro Cuenca de Demetrio Crespo: “la resistencia de los Estados a admitir controles externos que afecten su núcleo de soberanía —especialmente en materia jurídico-penal, que se entiende estrechamente vinculada a dicho núcleo—, y que puedan eventualmente evaluar el funcionamiento de las instituciones públicas internas.”⁸⁰ Y el último factor mencionado por el autor es la desnaturalización del contrato de concesión que se entremezcla con un contrato de obra, así para realizar una obra se genera un contrato de concesión en el que se entreguen anticipos que son todo un negocio para los contratistas que posteriormente amplían costos y desvían dineros, para finalmente subcontratar a terceros para la realización de la obra.

En este punto, y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos todo gira en torno al dinero para sobornar a ciertas personas, debemos tener en cuenta lo señalado por Silvina Álvarez⁸¹ al citar a Thomas Carson, en el sentido de que el servidor público corrupto solo negocia con personas que le ofrecen pagos extras, para que sus decisiones sean eficientes desde el punto de vista económico y así puedan tomar la mejor decisión al adjudicar un contrato de obra, teniendo unas condiciones, a saber:

Que la persona o funcionario que toma la decisión sea corrupta, de modo tal que, de ser posible, negociará sólo con quien le ofrezca pagos adicionales. Esta condición determina que el sistema funcione sólo con el impulso del soborno —de manera que ninguna transacción podrá prescindir de él— y que no haya en el sistema funcionarios no corruptos.

Que al menos algunos de quienes compiten por efectuar la transacción deseen hacer pagos adicionales, para que el funcionario corrupto esté en posición de rechazar las ofertas de quienes no le ofrezcan un pago extra. Esto garantiza que las negociaciones podrán llevarse a cabo, no garantiza, sin embargo, que quienes estén dispuestos a hacer pagos adicionales sean quienes formulen las mejores ofertas.

Que quien desea contratar considere preferible el hacer un pago adicional a no hacer la transacción. Esta condición viene a complementar la anterior, en el sentido de que el soborno no se transforme en un obstáculo para la obtención de beneficios; contratar debe seguir siendo ventajoso a pesar del soborno.

Que los pagos que un individuo esté dispuesto a hacer no estén excesivamente por encima de los que hagan sus competidores, de modo que el hecho de ofrecer un pago adicional no ponga a aquél en posición preferencial respecto de quienes pudieren proveer

⁸⁰ Ibid., p. 70.

⁸¹ GARZÓN Valdés, Ernesto y otros autores. La corrupción política. Alianza Editorial, 1997.

mejores productos pero ofreciendo pagos menores. Si todos ofrecen sobornos equivalentes, el funcionario corrupto podrá negociar con quien realmente ofrezca las mejores condiciones para alcanzar los objetivos de la contratación en cuestión, sin que influya en su decisión el monto del soborno ofrecido.⁸²

1.5 VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES

Bien sabido es que todo proceso de contratación realizado por el Estado debe hacerse por medio de una modalidad de contratación, ya sea por selección abreviada, concurso de méritos o —en el caso que nos apremia— la licitación, que según el acta N° 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 es el “mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos”. Proceso que tiene toda una serie de principios constitucionales que deben ser aplicados a todo procedimiento de contratación administrativa.

Rosero Melo⁸³ diferencia los principios de las reglas, aclarando que los primeros orientan la creación de normas y los criterios de interpretación, mientras que las reglas describen los comportamientos que imponen deberes y conceden derechos, por lo cual el principio tiene preponderancia sobre la regla, sin embargo, ambos —tanto los principios como las reglas— están dados en pro de garantizar la adecuada inversión de lo público⁸⁴.

Los principios que orientan la contratación estatal en Colombia están planteados en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, Ley 80 de 1993, y deben ser aplicados para cualquier caso de contratación, ya sea por licitación, por concurso de méritos, por contrato directo o por selección abreviada. Primordialmente en el contrato directo o por selección abreviada se debe evidenciar la presencia del principio de transparencia, debido a la celeridad en el proceso de asignación, dicho principio se encuentra estipulado en el Artículo 24 del *Estatuto General de Contratación* y se abordará con profundidad más adelante.

La contratación pública en Colombia está además orientada por los principios de la función pública, estipulados en el Artículo 209 de la Constitución Política Colombiana al plantear que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

⁸² Ibid., p. 120.

⁸³ ROSERO Melo, Bertha Cecilia. *Contratación Estatal. Manual Teórico Práctico*. 2011. p. 35.

⁸⁴ Ibid.

celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Así pues, la contratación pública estatal es regida por los principios del estatuto contractual y los principios de la función pública. En el estatuto contractual, Ley 80 de 1993 hace regulación específica de los principios de transparencia, responsabilidad y economía, además de ellos menciona los principios de selección objetiva, desarrollado en el Artículo 5 de la Ley 1150 del año 2007, equilibrio económico y principio de buena fe.

El principio de transparencia (Artículo 24, Ley 80 de 1993, derogado en el Artículo 32 de la Ley 1150 del año 2007) es un desarrollo del derecho constitucional a la igualdad, este garantiza la eficiencia en el cumplimiento del contrato, evita la indebida selección del contratista, permite la libre concurrencia para la selección, obliga a que se den a conocer las especificaciones y condiciones del contrato como los requisitos habilitantes y factores de calificación, plantea el deber de establecer un término para que los interesados realicen observaciones y soliciten claridades respecto al proyecto y pliego de condiciones, además de ello, obliga a la publicación de todas las decisiones y actos administrativos que surgen en el proceso.

Ello conlleva a que la selección sea objetiva, en igualdad de condiciones y oportunidades, este principio se encuentra directamente relacionado con el de selección objetiva debido a que “en los planos de condiciones se deberán indicar los requisitos objetivos y justos que determinen la confección de ofertas e impidan que el interesado en la contratación o el oferente incurran en error, sin que incluya, además, condiciones de imposible cumplimiento, toda vez que estas pueden convertirse en cláusulas ineficaces de pleno derecho.”⁸⁵

El principio de economía (Artículo 25 de la Ley 80 de 1993) debe traducirse en la práctica en convenios más baratos y de calidad para el servicio público, pero no solo hace alusión a la economía de los recursos financieros, sino que se refiere también a la economía del tiempo y el cumplimiento de las etapas. Pretende evitar trámites, requisitos, solicitud de descuentos y formalismos, de lo que da cuenta el numeral dos de dicho Artículo: “Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias⁸⁶.”

⁸⁵ Ibid., p. 38.

⁸⁶ COLOMBIA. Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación. Artículo 25 numeral 2. Diario Oficial 41.094. Octubre 28 de 1993.

Por otra parte, el Artículo 26 de la Ley 80 de 1993 plantea el principio de responsabilidad fundamentado en el Artículo 6 de la Constitución Política Colombiana, “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁸⁷.” Los servidores públicos son responsables de infringir la ley y la constitución, también por omitir sus funciones o extralimitarse en los mismos. En la Ley 80 del 93 se plantean ocho numerales en los que se mencionan a los diferentes responsables como las entidades y los funcionarios públicos, además de los contratistas.

El principio de selección objetiva (Artículo 5 de la Ley 1150 del 2007) plantea: “es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. Y además de ello plantea los cuatro factores de escogencia y calificación en un proceso de contratación estatal:

- La verificación de los requisitos habilitantes para la participación en el proceso.
- Teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más favorable será la que resulte más ventajosa a la entidad.
- Sin perjuicio al primer numeral, el factor único de evaluación es el menor costo ofrecido.
- Hacer uso de factores de calificación en los procesos de selección, para valorar los aspectos técnicos.

De allí que la misma jurisprudencia señale que el principio de selección objetiva prime en un proceso contractual con el fin de que en este caso la licitación pública llegue a feliz término con la selección de un contratista que cumpla con lo indicado en el pliego de condiciones, de ahí que la Corte Constitucional⁸⁸ señale:

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el Artículo 29 de la Ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratista debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos

⁸⁷ COLOMBIA. Constitución Política Colombiana. Artículo 6. Gaceta Constitucional N.º 116. Julio 20 de 1991.

⁸⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Abril 25 de 2012.

para la selección. En ese momento el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio —no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego, el Artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador⁸⁹.

Además encontramos los principios de equilibrio económico y buena fe, estos son planteados por Palacio Hincapié⁹⁰; sin embargo, Rosero Melo plantea otros principios especiales que rigen el proceso de licitación, a saber: principio de igualdad, libre concurrencia, buena fe, secretismo profesional, juzgamiento objetivo, administración compulsoria y congelación normativa, para profundizar en ellos remitirse al libro *Contratación Estatal, Manual Teórico - Práctico*⁹¹.

Es notorio que los actos de corrupción son actos que atentan y van en contra del patrimonio público debido a que se constituyen primordialmente por la violación de los principios de transparencia, responsabilidad y economía, además de los otros mencionados; es decir, se hace posible la corrupción en la contratación en el momento de fallar al principio de transparencia, que como en páginas anteriores se menciona, obliga a las entidades y a los funcionarios a publicar decisiones y actos administrativos proferidos, también exige dar a conocer las especificaciones y condiciones de los contratos. Y en el momento que dichos acontecimientos no sucedan se está dando cabida a movimientos no visibles e ilegales. Pero también el contratista tiene obligaciones en este principio como garantizar la eficiencia en el cumplimiento del contrato y manifestar los diversos que puedan surgir en la ejecución de la obra con el fin de encontrar las soluciones adecuadas y eficaces en conjunto con la entidad pública para dar el mejor uso a los recursos públicos.

Por otra parte, se encuentran violaciones al principio de economía por parte de los funcionarios que generan movimientos burocráticos innecesarios en pro de buscar una ganancia personal, con ello se abre paso al caso de las extorsiones por parte de los funcionarios públicos hacia quienes necesitan del servicio que ellos prestan por lo cual, es notoria la pérdida de tiempo que generan a los usuarios y los sobrecostos que inventan a los mismos, evitando la economía del tiempo como del presupuesto, así pues que el objetivo de evitar tramites, requisitos, solicitudes de servicios y formalismos innecesarios, se convierte en un fracaso. Pero además de ello se ve violentado el principio de economía cuando por diversos motivos se pagan sobornos que incrementan

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ PALACIO Hincapié, Juan Ángel. La Transparencia en la Contratación del Estado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007.

⁹¹ ROSERO Melo, Bertha Cecilia. Contratación Estatal. Manual Teórico Práctico. 2011. p. 54-58.

los costos en presupuestos a fin de ganar beneficios a los que no se tenía derecho tales como ascensos o contratos en los que no se cumple con todos los requisitos, en este caso, ello conlleva a que la entidad contratante no haga una debida selección del contratista, ni se permita la adecuada concurrencia para la selección con lo que nos topamos de frente con otro caso en el que se viola el principio de transparencia.

Podemos afirmar que generalmente un acto corrupto viola no solo uno de los principios, transparencia, economía y responsabilidad, sino que llega a violar los tres, aumentando con ello el detrimento patrimonial del país, lo cual afecta en diferentes ámbitos y niveles a la ciudadanía. Claramente, el principio de responsabilidad se fundamenta en la Constitución Política cuando dice: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁹².

Lo que salta a la vista en un acto de corrupción es claramente una falta de responsabilidad del particular que paga extorsiones o sobornos a funcionarios públicos debido a que infringe la ley, al igual que el caso de los contratistas que no cumplen los contratos que les son asignados y además de ello no buscan solución a los problemas en pro del adecuado uso del presupuesto de la nación, sino que también los funcionarios públicos atentan contra las obligaciones de responsabilidad en su cargo al recibir sobornos favoreciendo a terceros, creando trámites innecesarios en pro de realizar extorsiones y además de ello cuando asignan contratos sin la debida documentación, o sin pensar en cuál es la mejor oferta, al menor costo con tal de que el mayor beneficiado sea la entidad pública y por lo tanto, el país.

Para Jaime Orlando Santofimio⁹³, otro principio esencial dentro de la contratación estatal es el principio de legalidad, que en nuestra legislación busca de manera precisa sancionar al servidor que desconozca cualquiera de los procedimientos, requisitos, trámites esenciales en las diferentes etapas contractuales. Es decir que este principio sería violado desde el instante en que el servidor público celebra algún contrato sin cumplir los requisitos legales exigidos en el Estatuto General de Contratación, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Ya que el fin último de la violación del principio es obtener un beneficio ya sea directo o indirecto; es ahí cuando se genera un interrogante al que el autor nos lleva de la mano y es si yo quiero obtener un beneficio a largo plazo debo cumplir con los requisitos legales, entonces es cuando debemos

⁹² COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Artículo 6. Gaceta Constitucional N.º 116. Julio 20 de 1991

⁹³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Delitos de Celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. 2000. p. 114.

analizar a fondo este principio y qué incidencia tiene en cada uno de los pasos que dan resultado el contrato estatal.

El punto de partida es tener presente que este principio va de la mano con la autonomía de la voluntad al interés general, es decir que la legalidad propia del contrato estatal se encuentra en el interés general⁹⁴. Es decir que el funcionario público realiza todo el procedimiento pensando en el bienestar de la comunidad, ya que no estaría manejando sentimientos individualistas como lo señala el autor, sino sentimientos comunitarios, y a su vez cumpliendo los fines estatales. Ya que del respeto al principio de legalidad es inherente al estado de derecho, generando estabilidad a la ciudadanía, así como beneficio a los administrados.

Pero al observar de manera detallada, este principio de cierta forma no puede ser violado de forma tan tangible como se podría pensar porque finalmente el corrupto debe cumplir y respetar en todo sentido el principio, puesto que si no concluye cada una de las etapas que exige el procedimiento acorde a los requisitos legales, normas, decretos y demás, ¿cómo puede adoptar sus conductas corruptas y por consiguiente aplicarlas en cada uno de los procesos de contratación? De los cuales pretende obtener un beneficio propio, entonces entraríamos nuevamente al tema de la doble moral, ya que por un lado cumple los fines propios de su administración por el bien de la comunidad, pero a la vez aumenta sus ingresos con las dádivas que recibe por ese proceso sin importar la modalidad.

En este punto me parece necesario tocar el tema de la ética en la administración pública, con el fin de ver, si en verdad los actos corruptos que llevan consigo la violación de los principios han sido generados por la degradación o, aún peor, por la pérdida de la ética administrativa, fundamental para el buen funcionamiento de una entidad estatal.

De acuerdo a Jesús González Pérez,⁹⁵ la ética se ha perdido completamente en todos y cada uno de los países a nivel mundial y es necesario nuevamente traer a las administraciones el tema de la ética a través de códigos de conducta, idea que viene de Lord Nolan, quien fuera Presidente de la Comisión del Reino Unido hace muchos años. Pero no se habla de unos códigos de conducta a nivel general para cada organización, puesto que las costumbres organizacionales son distintas; sin perder de vista que la ética se rige de acuerdo a la conciencia de cada individuo, no basta simplemente con generar un código, se requiere enseñar realmente ética a la persona que accede a ser servidor público. Aunque, qué tan valioso sería un código de conducta cuando muchos no son

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas. Ed. Thomson Civitas, 2006. p. 64.

capaces de cumplir con simples normas de convivencia en una entidad, si el yo interior predomina de manera individual por encima de un bien común, la ética exige una entrega total al servicio, que en el caso de los servidores públicos siempre tendrá que velar por el interés general, llevándolo al punto de la perfección en cuanto a las labores o funciones encomendadas, ya que estaría sujeto tanto a sus deberes como profesional sea cual sea su profesión y por otro lado a los deberes otorgados como servidor público en su entidad.

González Pérez hace una acotación en relación al tema de la ética, que es la que finalmente pierde el funcionario desde el momento en que inicia sus conductas corruptas: “En definitiva, es la dignidad humana la que marcará las pautas de conducta. Dignidad en el administrador y en el administrado, en el que realiza las funciones administrativas y en su destinatario. Pues, como he dicho en otra ocasión, la dignidad humana sólo se salvará si el hombre, consciente de su filiación divina y de la filiación divina de los demás hombres, ve en cada uno de ellos otro yo, cualquiera que fuese el tipo de relación y el ámbito en que se desenvuelva, y muy especialmente en las relaciones de poder.”⁹⁶

Así mismo al hablar de ética no se debe perder de vista que en la actuación del Estado se da una moralidad que se refiere a una sustantivación que admite la conducta de quien está encargado de llevar a cabo los cometidos. Por lo tanto, dicha moralidad se manifiesta en los actos que se realizan con transparencia, haciéndose efectiva con la publicación de los actos que se generen en un proceso estatal, sin antes aclarar que ellos no se traducen en que los documentos a los cuales no se les deba dar tanta publicidad no estén revestidos de moralidad, ya que la misma siempre debe estar tanto en las acciones como en las omisiones de la administración, tal es así, que la moralidad en nuestro país es tomada como un principio de la contratación estatal⁹⁷.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ PALACIO Hincapié, Juan Ángel. La Transparencia en la Contratación del Estado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2007. p. 19-20.

CAPÍTULO 2

EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

En principio, para dar respuesta al interrogante que se plantea en el título de este capítulo, es necesario hacer un recorrido por la normativa que en materia de contratación estatal ha expedido el legislador, puesto que considero que entre mayor cantidad de normas se expiden, mayor es la evidencia de que la norma presenta vacíos que inevitablemente conlleva a que los servidores públicos incurran en conductas generalmente dolosas, que hacen que los entes de control al hacer seguimiento a las entidades de carácter nacional, departamental o municipal o también a través de quejas se ponga en conocimiento las falencias presentadas en el desarrollo de los procesos contractuales y la posterior ejecución de los contratos.

Si bien es cierto, la evolución normativa se ha generado a su vez por la problemática a nivel internacional que se ha presentado; ya que Colombia al pertenecer a diversos acuerdos comerciales, las organizaciones internacionales como la OCDE o Transparencia Internacional, han realizado estudios y análisis que han permitido detectar cuales son las problemáticas y como se deben contrarrestar.

De acuerdo a Cassals & Associates en un estudio realizado en América Latina para medir la corrupción, las leyes engorrosas, la superposición de responsabilidades sobre diferentes organismos gubernamentales y la confusión de leyes, hace que la discrecionalidad de los servidores públicos aumente, desdibujando las líneas de dirección pública y de responsabilidad, generando barreras burocráticas innecesarias que pueden aumentar las posibilidades de soborno. Es por ello que las leyes engorrosas y la confusión en las mismas, hacen que se debilite la capacidad de los gobiernos de detectar, desalentar y castigar la corrupción⁹⁸.

En un artículo publicado por la revista Economía Colombiana denominado “Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes”, indica en relación a los aspectos planteados en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 lo siguiente:

“(…)

Tal multiplicidad de regímenes especiales va en detrimento de la transparencia que debería caracterizar las compras públicas. No sólo porque tanto la adecuada participación de los proponentes como el control ciudadano eficaz requieren el conocimiento de todos y cada uno de

⁹⁸ Cassals & Associate. “La corrupción en América Latina: Estudio analítico basado en una revisión bibliográfica y entrevistas” USAID, 2004. Pág. 6

dichos regímenes, sino también -y sobre todo-, porque los procesos de contratación de las entidades excluidas del régimen general son, en gran medida, desconocidos por el público pues la decisión de publicitarlos es algo que compete al propio ente, autorizado por la ley, para expedir sus propios reglamentos internos de contratación

(...)

Luis Jorge Garay en el “Foro de Lucha contra Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional” realizado en marzo de 2002, anotaba: “en Colombia una importante parte de la pérdida de recursos públicos no es por corrupción, penalmente abierta, sino por un conjunto de modificaciones en contrataciones perfectamente hechas en términos jurídicos, pero con unas falencias en su especificación contractual a nivel técnico para la defensa de los intereses colectivos, que pueden favorecer la realización de ganancias extraordinarias de ciertos conglomerados privados nacionales e internacionales sin una debida justificación técnica pero sí con una estricta validez legal. Práctica que en últimas es imposible demostrar como fruto de corrupción abierta de funcionarios públicos o incluso de las empresas favorecidas por fallas en la especificación técnica de los términos y condiciones contractuales.”⁹⁹.

Por lo anterior, Transparencia por Colombia indica que para evitar la corrupción y al expedir leyes más precisas se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: se debe evitar la subjetividad en las reglas de juego en los procesos de contratación, se debe hacer visible la contratación directa siendo publicada para el conocimiento de la ciudadanía, se debe mejorar el nivel de capacitación de las personas a cargo de la contratación, se debe mejorar la planeación de los procesos contractuales, se debe incentivar la integridad en los procesos, fortalecimiento de los controles a la contratación, fomentar la cultura de la legalidad y finalmente romper el vínculo entre la financiación de las campañas electorales y la contratación.¹⁰⁰

En Colombia el legislador al parecer ha depositado su confianza en la normatividad, de allí la expedición de tantas normas que a continuación serán objeto de análisis ya que es menester indicar que antes de la expedición de las normas más importantes en materia de contratación, surgieron algunas otras como fueron: ley 53 de 1909, ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional), la ley 61 de 1921, ley 105 de 1931, ley 167 de 1941 (segundo código administrativo), decretos leyes 351 y 1050 de 1955, ley 4 de 1964, decreto 528 de 1964 y decreto 3130 de 1968; pero fueron dos normas específicas con las cuales nació de manera precisa la normatividad en contratación pública, uno de ellos fue el decreto 1670 de 1975 “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas” y el

⁹⁹ Transparencia por Colombia. “Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes”. Revista Economía Colombiana. Octubre 26 de 2007.

¹⁰⁰ Transparencia por Colombia. “Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes”. Revista Economía Colombiana. Octubre 26 de 2007.

decreto 150 de 1976 “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas” el cual derogó el decreto 1670 de 1975¹⁰¹.

En este caso en particular la derogatoria fue más por razones prácticas que sustanciales, uno de los aspectos más importantes es que hicieron que no se volvieran a crear y constituir de forma apresurada sociedades ad hoc solo con la finalidad de participar en procesos de licitación, además de perfeccionarse esta modalidad de contratación, el campo de aplicación, los requisitos esenciales para contratar, tipos de contratos, responsabilidad civil, cláusulas obligatorias, etc.¹⁰².

Pero antes de comenzar a exponer las normas más importantes en materia contractual, es necesario hacer mención a lo que indica Pino Ricci¹⁰³ y es que para analizar la evolución normativa es preciso revisar la base constitucional de la contratación estatal ya que sus fundamentos y principios básicos se encuentran en la Constitución Política los cuales fueron introducidos a través de la incorporación de un derecho fundamental y una regla del estado social de derecho, el derecho a la igualdad donde prevalece el interés general sobre el particular.

Siguiendo con el autor y lo planteado en el párrafo anterior se debe indicar que en cuanto al principio de igualdad como un lineamiento fundamental de la contratación, impone a las entidades el deber de propiciar y permitir el acceso a la contratación sin discriminar a nadie y siempre a favor de los asociados; a su vez ese derecho de igualdad se traduce en la igualdad de oportunidades de los particulares frente a la administración, siendo la base para que se comiencen a formar las normas que en el estatuto de contratación regulan los procesos de contratación¹⁰⁴.

De otra parte, la prevalencia del interés general no solo es prevalente en el derecho de propiedad, por el contrario en materia contractual, la norma da la facultad a la entidad para garantizar dicho precepto la posibilidad de interpretar, modificar, caducar o terminar unilateralmente el contrato, es por ello que para hacer crear elementos que hagan efectiva dicha prevalencia, se debe realizar a través de la ley, ya que la autorización normativa para incorporación y ejercicio es imperativa.¹⁰⁵

¹⁰¹ SOLANO Sierra, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2010. p. 71.

¹⁰² Ibid. Pág 71

¹⁰³ PINO Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 23.

¹⁰⁴ Ibid, Pág. 23

¹⁰⁵ Ibid. Pág. 23

Finalmente, no se debe olvidar lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política donde se indican los deberes que le son aplicables a las entidades que ejercen funciones administrativas, pero si existen entidades que no pertenecen a la administración pública o son particulares que administran recursos públicos para la suscripción de contratos con particulares o entidades públicas, están obligados a garantizar el derecho de igualdad, independientemente que la ley en materia contractual le haya otorgado un régimen de derecho común.¹⁰⁶

2.1 Decreto 222 de 1983

2.1.1. Aspectos Generales

En principio cuando estaba vigente el Decreto 222 de 1983 las entidades aplicaban de forma simultánea diferentes normas ya que cada una de las entidades territoriales y las descentralizadas tenían su propio régimen de contratación que podía ser opuesto completamente al decreto en mención. Dando como resultado esa aplicación de múltiples normas, que se diera un retraso y entorpecimiento en la gestión contractual, puesto que las diferencias entre un procedimiento y otro eran evidentes y hacía que se generaran dificultades al momento de escoger que norma emplear, cuales estaban vigentes y cuales excepcionadas, tal fue el impacto de esta norma, que sus detractores señalaban que era una norma basada en ideas obsoletas, desechadas por legislaciones foráneas que ya habían perdido su esencia y entrababan el desarrollo de los contratos.¹⁰⁷

Este decreto era concebido de acuerdo a Dávila Vinueza¹⁰⁸ como un estatuto de contratación por el número tan grande de artículos que poseía y a su vez casuista porque asemejó las disposiciones a las particularidades que caracterizan a los decretos reglamentarios y resoluciones administrativas. Es más, el decreto reglamentaba aspectos relacionados por ejemplo con la definición de contratos sin ninguna necesidad de acuerdo al autor ya que dicho concepto se encontraba en la ley civil o comercial, además de las cláusulas a incluirse y detalles de procedimientos como era por ejemplo la urna triclave para depositar las ofertas.

En principio pareciese que el Decreto 222 de 1983 surgió con fundamento en la mala fe de la actuación de los particulares y de la administración, toda vez que en la

¹⁰⁶ PINO Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 24.

¹⁰⁷ DAVILA Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera edición. Editorial Legis.2016. Pág. 12-13.

¹⁰⁸ Ibid. Pág. 13

norma se estableció que se llevara el control total de las actuaciones administrativas en materia contractual, estableciendo innumerables trámites, requisitos, instancias de revisión y aprobación. Pero este control no sirvió mucho para frenar el fenómeno de la corrupción ya que los contratos que fueron más cuestionados fueron a su vez los que más revisiones y trámites tuvieron, es decir, que lo impuesto en la norma no evitó que se presentara detrimento económico en muchos contratos a tal punto que si lo que buscaba el decreto era un ambiente moralizado, el objetivo fue completamente contrario, ya que la contratación disminuyó por la cantidad de peajes o dadivas que se tenían que pagar.

Con la expedición del decreto además de aumentar la corrupción por parte de los servidores públicos y contratistas, se generaron sobrecostos, disminuyó la eficiencia de las entidades, se generaron desfases presupuestales, retardos y en pocas ocasiones no se ejecutaron los objetos contractuales, traduciéndose todo en *detrimento al interés público*.¹⁰⁹

Finalmente, para comenzar a esbozar los aspectos puntuales de la norma, cabe mencionar que además de lo anterior y como resultado de ello, hicieron que se desnaturalizara la noción de contrato ya que se perdió la fuerza normativa y la capacidad creadora que en su momento se le había reconocido a la voluntad de las partes, puesto que prácticamente la suplantó el detalle y la injerencia legislativa en campos en los cuales no se necesitaba de su intervención.¹¹⁰

Luego de exponer a grandes rasgos las consecuencias del decreto, es preciso comenzar a desglosar su contenido. Para comenzar, en ese momento particular del país debemos resaltar una característica especial: No existía la figura de elección popular de alcaldes ni gobernadores.

Es decir, en Colombia el presupuesto general de la Nación se manejaba desde el nivel central razón por la cual el estatuto fue diseñado para tal fin y quienes contrataban eran directamente la Nación o sus entidades descentralizadas por servicios, más no, las entidades territoriales, o si éstas lo hacían era de una manera muy reducida, pues la gran mayoría de contratos se realizaban desde el nivel central. Por otra parte, se prescindía de 1099 campañas para alcaldías y de 32 campañas políticas para la Gobernación, un número bastante significativo de posibles focos de corrupción, como se indicó previamente; ya que con ellas llegaron muchos intereses personales u organizados a apropiarse del poder electoral, a “negociar” con el voto popular a nivel local quebrantando el interés público en aras de la satisfacción personal.

¹⁰⁹ DAVILA Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera edición. Editorial Legis.2016. Pág. 12-14.

¹¹⁰ Ibid. Pág. 14.

La exagerada forma como se inició la vida política local en nuestro país invirtiendo dinero en activismo político, como solo una de las semillas que hoy por hoy nos tiene sumidos en el flagelo de la corrupción para lograr el cargo de elección popular, olvidando que el patrimonio público es de todos y que aquella persona que llega a un cargo por mandato popular debe ser aún más cuidadoso en sus acciones, pues fueron sus coterráneos quienes confiaron en él o ella, para que los llevara por el camino del progreso y del bienestar y no del abandono y la desidia, como ha sucedido a través del tiempo.

Sin sonar antidemocráticos, muy probablemente no estábamos preparados para dicho cambio, ni moral ni legalmente, tan es así que en el año de 1989, nace la figura de la elección popular de Alcaldes, pero no se contaba con un estatuto de contratación diseñado para tal fin, para ese momento, la ley estaba dirigida a la nación y a sus entidades, concebida muy centralizadamente sin prever la descentralización territorial que se avecinaba, por ello el régimen de inhabilidades¹¹¹ dispuesto para ese momento únicamente apuntaba a todas aquellas personas que por la Constitución y la ley no podían hacerlo, al igual que aquellas que hubiesen sido causantes de declaratorias de caducidad en contratos previamente suscritos¹¹², sumado a quienes hubiesen contratado estando inhabilitados para ello; y como particularidad limitante a quienes no se encontraran inscritos, calificados y clasificados en los correspondientes registros cuando se requiera. Adicional a esto, se hacía nugatoria la posibilidad de contratar quienes no estuvieran a paz y salvo con el Tesoro Nacional y todas aquellos condenados con interdicción de derechos y funciones públicas.

Como advierte, es un régimen de inhabilidad general con el mínimo de exigencias posibles, para acceder a contratar con la administración, más sin embargo el decreto¹¹³ hace especial relevancia en la imposibilidad de contratar cuando se hace parte de la junta directiva de la entidad contratante o hayan sido parte de ésta y a sus empleados por un año; a los conyugues y compañeros permanentes de los mismos, a las sociedad en las que hagan parte ampliándola a sus conyugues o compañeros permanentes, “blindando” así, o al menos teóricamente la participación o injerencia en el proceso contractual y su posterior adjudicación. A su turno se añade a ésta, la prohibición de contratar por parte de Senadores y Representantes a la Cámara durante su investidura y un año más, a los empleados oficiales y a los miembros de las juntas o consejos directivos.

¹¹¹ COLOMBIA. Decreto 222 de 1983. Artículo 8. Diario Oficial 36.189. Febrero 6 de 1983.

¹¹² *Ibid.*, numeral 3

¹¹³ *Ibid.*, artículo 9

A la entidad contratante se le otorgo la facultad de dar por terminado el contrato¹¹⁴ si éste fuese realizado bajo alguna de las causales de incompatibilidad e inhabilidad, pudiendo proceder a su liquidación inmediata, sin generar obligación de pago alguno a favor del contratante y por el contrario quedaba habilitado para hacer efectiva la cláusula penal a favor de la administración.

2.1.2. Autoridad encargada de conocer las controversias contractuales

En cuanto a la jurisdicción encargada de conocer las controversias que se generaran con ocasión de la contratación realizada bajo ésta normatividad, se encontraba una disyuntiva generadora de conflictos ya que en principio, era la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo quien conocía de los asuntos, siendo el juez natural para conocer todas las controversias cuando el Estado está involucrado; más sin embargo la ley dispuso que los contratos privados pactados por la administración los conocía la jurisdicción ordinaria, salvo cuando se hubiese acordado cláusula de caducidad y con ocasión del proceso contractual se profirieran actos administrativos, razón por la cual estaba sujeto a interpretación del demandante la jurisdicción a conocer del conflicto. Al respecto el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

"Igualmente, para le época de celebración del contrato que dio a este proceso, se encontraba vigente el Decreto Ley 222 de 1983, cuyo artículo 1 determino el campo de aplicación de sus normas, estableciendo que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades. Así sucedía, además de las normas de ese estatuto relativas a los contratos de empréstito y de obras públicas, verbigracia con la contenida en el artículo 169, que ordenaba a las entidades descentralizadas y entre ellas a las empresas industriales y comerciales del Estado, obtener concepto previo de la Presidencia cuando fueran a celebrar contratos de prestación de servicios.

(...)

En conclusión, con excepción de los contratos de empréstitos y obra pública celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, que tenían la naturaleza de administrativos y en los cuales la caducidad les pertenecía por ser elemento de naturaleza de contrato, en los demás contratos celebrados por esas entidades y regidos por el derecho privado, con el Decreto 222 de 1983 desapareció la

¹¹⁴ Ibid, artículo 13

competencia para pactar la cláusula de caducidad que venía siendo otorgada por el artículo 34 del Decreto 3130 de 1968”¹¹⁵

2.1.3. Principios de terminación del contrato y sus características

El decreto ley dispuso que los contratos se regían por los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral, respecto de las cuales como características fundamentales se tienen las siguientes:

- ✓ Para la terminación unilateral solo procedía por consideraciones de orden público o de coyuntura económica crítica.
- ✓ En cuanto a la modificación unilateral procedía cuando el interés público así lo requiera; pero no se podía modificar la clase y el objeto del contrato, se debían mantener las condiciones técnicas, respetarse las ventajas económicas otorgadas al contratista, se debía guardar el equilibrio financiero y reconocer al contratista los nuevos costos¹¹⁶
- ✓ Cuando surgían discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato, prevalecía el criterio de la administración para el cumplimiento del mismo.

2.1.4. Requisitos que exige la norma para contratar

Para la celebración de los contratos escritos, administrativos y de derecho privado se debían someter a los siguientes requisitos: presentación del oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, licitación o concurso de méritos, registro presupuestal, constitución y aprobación de garantías, concepto del Consejo de Ministros, firma del Presidente y publicación en el diario oficial.¹¹⁷

Otra particularidad especial de la ley, era la posibilidad de contratar verbalmente, sin la formalidad de la escritura que le da garantía y respaldo a la misma administración, en un eventual incumplimiento por parte del contratista y la posibilidad de una reclamación posterior en aras de la defensa del patrimonio público. Tal contratación era totalmente aceptada cuando la cuantía no superaba los trescientos mil pesos, quedando al arbitrio de la entidad contratante la decisión de contratar verbalmente.

2.1.5. Licitación Pública

¹¹⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). Magistrado ponente: Ruth Estela Correa Palacio. Septiembre 28 de 2011.

¹¹⁶ COLOMBIA. Decreto 222 de 1983. Artículo 20. Diario Oficial 36.189. Febrero 6 de 1983.

¹¹⁷ *Ibíd.*, artículo 25

La licitación era definida como el procedimiento mediante el cual, previa invitación la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades las que proponga mejores condiciones para contratar.¹¹⁸

En la licitación pública se observaban las siguientes reglas: Se expide resolución motiva por el jefe del organismo para la apertura; se elabora el pliego de condiciones¹¹⁹; dentro de los veinte días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicaran por lo menos dos avisos, con un intervalo no inferior a cinco días calendario en periódicos de amplia circulación nacional; el plazo de la licitación es decir el tiempo que transcurre entre la apertura y el cierre se señalara de acuerdo a la naturaleza y objeto del contrato y no podrá ser inferior a 10 días calendario; las propuestas se reciben en sobres cerrados y sellados y se depositan en urnas previamente cerradas y selladas, la apertura es responsabilidad del jefe del organismo; El día y la hora señalados para el cierre de la licitación, en acto público se abrirán las propuestas y se levanta acta; la adjudicación se produce dentro del plazo señalado, termino en el cual también puede declararse desierta la licitación.

La licitación privada se regía por las siguientes reglas: se profería la resolución motivada, se enviaba a cada una de las personas que estaban en condiciones de contratar con copia del pliego de condiciones, tampoco podía transcurrir entre la apertura y el cierre menos de 10 días. se permitía cuando en el registro de proponentes no figuraban más de cinco personas con la capacidad para contratar, entre otros requisitos y limitaba dicha posibilidad a unos casos taxativamente señalados como por ejemplo cuando el objeto era la impresión de estampillas, billetes nacionales, otras especies timbradas representativas de valores, formatos para bonos de deuda pública o para declaraciones con fines tributarios, cuando se tratara de contratos para adquisición de o permuta de bienes muebles cuyo valor mayor a dos millones de pesos y menor a siete millones de pesos; contratos de obra pública cuyo valor oscilara entre los veinte y cincuenta millones de pesos, la venta de armas o municiones de guerra consideradas obsoletas o inservibles no susceptibles de reconvención o utilización por parte de la

¹¹⁸ *Ibíd.*, artículo 27

¹¹⁹ Los cuales deben contener: las especificaciones de los bienes, servicios y obras del objeto del contrato; la cantidad y calidad de los bienes o servicios de la obra; calidades que se exijan a las personas que desean licitar; el lugar, sitio, día en que se abra y cierre la licitación; condiciones y forma de cumplimiento por el contratista y las modalidades y forma de pago; sanciones por incumplimiento de la propuesta y garantía de seriedad de la misma; termino dentro del cual se hará la adjudicación, plazo para la firma del contrato teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del contrato; la minuta del contrato; el número mínimo de participantes hábiles exigido para que la licitación sea declarada desierta el cual no podrá ser inferior a dos; los criterios que tendrán en cuenta para la adjudicación; la posibilidad de presentar alternativas; la posibilidad de presentar propuestas parciales; la posibilidad de presentar adjudicaciones parciales; la posibilidad de presentar propuestas conjuntas.

Fuerzas Militares o Policía Nacional, conducción de correos entre un valor de un millón y tres millones de pesos.

La evaluación de las propuestas debía estar regida por factores como precio, plazo, calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de oferentes. El único con capacidad para adjudicar era el jefe del organismo, previo concepto de la junta de licitaciones y adquisiciones o del comité técnico.

Se pensó por el legislador de la época la posibilidad de realizar un concurso de méritos para el otorgamiento de los contratos de consultoría iguales o superiores a cinco millones, se podía realizar por invitación pública o privada ponderando entre otras la capacidad técnica, la experiencia y la organización, el menor valor también era un punto a considerar dentro de la adjudicación del contrato, la adjudicación era directa.

| Declaratoria de Desierta de la Licitación o del Concurso | Prescindir de la licitación o del concurso |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ○ Cuando no se presenten el número de participantes que se haya determinado en el pliego ○ El procedimiento hubiere pretermitido algún requisito ○ Cuando las propuestas no se ajustan al pliego de condiciones o a la invitación ○ Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas ○ Cuando las propuestas sean inconvenientes para la entidad | <ul style="list-style-type: none"> ○ Bienes muebles que solo determinada persona los puede suministrar ○ Por segunda vez se ha declarado desierta ○ Ejecución de trabajos artísticos, técnicos o científicos ○ Contratos de prestación de servicios ○ Elementos o suministros para prueba o ensayo solo en la cantidad necesaria para la practica ○ Arrendamiento de inmuebles ○ Obra pública menor a 20 millones ○ Bienes muebles menores a 2 millones ○ Empréstitos ○ Adquisición de inmuebles ○ Adquisición, construcción o enajenación de bienes inmuebles en el extranjero para sedes diplomáticas o consulares. ○ Servicios y suministros requeridos por la presidencia o el ministerio para atención de compromisos internacionales o de carácter protocolario ○ Venta de inmuebles avaluados en menos de cinco millones de peso ○ Contratos de consultoría inferiores a cinco millones de pesos ○ Por urgencia evidente calificada por los ministros |

| | |
|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> ○ Bienes destinados a la defensa nacional ○ Bienes destinados a conjurar una catástrofe pública ○ Adquisición de bienes en épocas de escases ○ Ensanche y renovación de plantas telefónicas cuando sean menos del 40% de las plantas ○ Contratos entre entidades públicas ○ Cuando se trate de inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público, pero solo hasta controlar las circunstancias ○ Algunos contratos de comunicaciones ○ Contratos de focine ○ Adquisición de repuestos para los equipos de INRAVISION ○ Contratos celebrados por la compañía de informaciones audiovisuales para la comercialización, producción y transmisión de programas ○ Obras de administración delegada inferiores a cinco millones de pesos. |
|--|--|

Como requisito indispensable para poder licitar, adjudicar o celebrar contratos con persona naturales o jurídicas, es la inscripción en el Registro de Propones, debidamente calificada y clasificadas.

El Decreto 222 de 1983 exigía para aquellos contratos superiores a cincuenta millones de pesos, el concepto previo favorable del consejo de ministros y además de ellos tenían revisión de legalidad por parte del Consejo de Estado.

Señalaba taxativamente la ley que la caducidad era de forzosa estipulación en aquellos contratos que no fueren de compraventa de bienes muebles o de empréstito y no era obligatoria en los contratos interadministrativos. Es de recordar que cuando se pactaba la cláusula de caducidad en los contratos, así fueran de derecho privado, automáticamente su conocimiento en un eventual litigio correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y como consecuencia de la declarativa de caducidad estaba la hacer efectivas las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria, prestando merito ejecutivo en contra del contratista y su ejecución se realizaba por jurisdicción coactiva.

2.2. Ley 80 de 1993

La ley 80 de 1993 tal y como lo señalaba la exposición de motivos del proyecto de ley que presentó el gobierno, es una ley ordinaria pero que en los constantes debates que realizó el Congreso se enfrentaron a la tarea de determinar si era o no un estatuto de contratación con carácter de ley código. En dichas plenarios procedieron a modificar el título y pretendían que fuera una ley de principios omnicomprensivos, es decir que contuviera todo lo relacionado con el régimen de contratación del estado¹²⁰.

Siguiendo con el autor, la Corte Constitucional sentó su posición respecto a esta ley, indicando que efectivamente nos encontrábamos frente a una ley ordinaria que regulaba los contratos de las entidades estatales, pero que a su vez conviviría con el régimen que otras leyes determinasen y que a su vez al tener el carácter de ordinaria no podía pretender modificar regímenes excepcionales que ya habían sido previstos antes de la expedición de la ley en junio de 1994; es por eso que con el estatuto convivieron varios regímenes especiales.

El estatuto viene a conciliar los términos de un estado con menos protector además de contratistas particulares de revaluada mentalidad que pretendían hacer efectivo el aspecto de la competitividad, eficiencia y agilidad de los procesos contractuales, situación que en su momento dominaba el desarrollo de las negociaciones internacionales y que Colombia no se podía quedar a través con la excusa de proteger la industria nacional o el errado pretexto de que no se podía competir con mercados externos.¹²¹

Mediante sentencia del Consejo de Estado de fecha veinte (20) de agosto de 1998, se indica cual es el alcance que va a tener la Ley 80 de 1993 así:

“La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística, lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual, cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal.

¹²⁰ RESTREPO Medina, Manuel Alberto. El Derecho Administrativo en los Albores del siglo XXI. Ed. Universidad del Rosario. 2007. Pág. 296

¹²¹ QUINTERO M, Andrés y MUTIS V, Andrés. Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Editorial Temis. 1995. Pág. 1.

(...)

La unidad de sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado, de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebren contratos a nombre del Estado. Así pues, esta ley pretende convertirse en la general única para el Estado y en todo el territorio nacional¹²².

Para José Luis Benavides¹²³, el estatuto general de contratación mostraba el cambio de prioridades que se tenían, ya que el país pasó de estar gobernado por juristas a manos de un economista (Cesar Gaviria), colocando de primera mano el problema de la globalización en la economía, promoviendo reformas institucionales para la apertura económica de acuerdo a preceptos neoliberales.

El autor plantea que la ley 80 de 1993 vino a realizar un esfuerzo por unificar valores que a primera vista son opuestos como son: interés privado - interés público, relaciones igualitarias-prerrogativas del poder público, rentabilidad-eficacia administrativa, productividad-equidad, contrato administrativo-contrato de derecho privado. Todas estas nociones habían tenido en el sistema jurídico colombiano un tratamiento completamente diferente influenciado por el derecho francés¹²⁴.

De allí que el estatuto planteara una concepción horizontal en la que los derechos públicos y privados se superponían de acuerdo a las exigencias, es decir, que la finalidad de la ley era “devolver al contrato estatal las connotaciones que le son propias”. Redefiniendo el estatuto conceptos y reequilibrando los intereses en juego en todos los contratos de la administración. Es decir, que el legislador con la expedición del estatuto reemplazo la antigua concepción que se tenía del contrato como oposición de intereses de las partes por la de un instrumento de regulación de intereses de las partes hacia una doble finalidad¹²⁵.

Es por ello, que la ley 80 de 1993 y concluyendo con el autor, es un estatuto que define los grandes principios de los contratos de las entidades estatales teniendo como base el equilibrio del interés privado y el interés general.

¹²² COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 244966 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202. Magistrado ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Agosto 20 de 1998.

¹²³ BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2004. Pág. 19.

¹²⁴ Ibid. Pág. 19

¹²⁵ Ibid. Pág. 20

Además, las normas en materia contractual demandaban la aplicación de la constitución política ya que incorporó a la ley 80 elementos novedosos distinguidos por la apertura, agilidad y desformalización que requerían de forma obligatoria que se reiteraran y de permitiera un desarrollo adecuado a las normas de menor jerarquía para poder cumplir la finalidad de la lógica jurídica en la que se fundamenta el ordenamiento positivo¹²⁶.

Quintero y mutis¹²⁷ señalan que era necesaria en su momento la apertura económica para que se diera una adecuada normatividad que pedía a gritos que fuera observada desde otra perspectiva con la nueva política gubernamental que había en ese momento, haciéndose necesaria la reestructuración de la contratación administrativa para que estuviera acorde con la mentalidad abierta y dispuesta a la internacionalización y preparar al estado para la apertura de fronteras, siendo además oportuna la reforma toda vez que al parecer el Decreto 222 de 1993 resultó traicionando la intención del redactor, ya que generó espacios para trámites innecesarios demorados que generaban a su vez corrupción que como en todo estado genera malestar y perjudica la buena marcha de la administración pública.

Pero no todos los autores tienen un mismo concepto en relación al estatuto, ya que Solano Sierra señala que si bien es cierto la ley 80 es una normativa rectora contentiva de principios y reglas generales que se aplican en todo el territorio nacional, no constituye la codificación de la contratación estatal, puesto que la normatividad en materia contractual no es uniforme y se encuentran algunos vacíos en algunas disposiciones especiales que constituyen en su aplicación las excepciones, restringiendo su campo de aplicación o sólo haciendo prevalecer su carácter general de reglas y principios, existiendo disposiciones que antes y después de haber sido expedida limitaron su aplicación¹²⁸.

Así mismo, Alexander Jojoa Bolaños¹²⁹ indica que la Ley 80 de 1993, vino a ser una propuesta en la cual se estableció una sola modalidad de contrato “*el contrato estatal*” con el fin de acabar con esa diferenciación de contratos administrativos y contratos de derecho privado, ya que el estatuto de contratación se centró en el precepto

¹²⁶ QUINTERO M, Andrés y MUTIS V, Andrés. Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Editorial Temis. 1995. Pág. 1.

¹²⁷ Ibid. Pág. 1

¹²⁸ SOLANO Sierra, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2010. p. 74.

¹²⁹ JOJOA Bolaños, Alexander. Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales. Ed. Ibañez. Pág. 67.

del interés general pero siempre y cuando una de las partes del contrato fuese el estado, estructurándose la idea de que *“cualquier actividad estatal se caracterizaba por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas”*, situación que conllevó a que cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debía tener presente el mencionado postulado, es decir que todos los contratos estatales se debían regir por los mismos principios.

En ese sentido, la Ley 80 vino a ser el mínimo de derecho público para ser aplicado en todos los contratos estatales, pero esa proporción de derecho público iba a depender de la relación cuasi estrecha con el interés general. Pero esa unificación del contrato a solo contrato estatal, conllevó a que se generaran ciertas limitaciones a los regímenes exceptuados, ya que siempre que una entidad estatal hiciera parte de esa relación contractual, el régimen jurídico contractual sería de carácter mixto. Es por ello, que el autor indica que es preciso revisar los dos ejes que el estatuto expone, es decir, el de la entidad estatal y el régimen jurídico mixto¹³⁰.

Para comenzar con los planteamientos del autor, expondré primero lo relacionado con el eje correspondiente a la entidad estatal, en el estatuto además de hacer mención a las personas jurídicas con participación superior al 50% independiente de su denominación, orden o nivel, también hizo alusión a los órganos o dependencias del estado a los cuales la ley les otorgue la capacidad de celebrar contratos, siendo casi imposible que quedara por fuera del plano contractual cualquier órgano o entidad estatal ampliándose a su vez a los organismos del estado que ejecutaran actividades industriales y comerciales, ya que el precepto de interés público no podía ser ajeno a estas entidades llegando hasta tal punto que los particulares que por delegación especial, adscripciones o convenios hicieran contratos a nombre del estado¹³¹.

De lo anterior, que el estatuto trajera consigo la idea de que ningún órgano estatal expidiera normas en materia contractual a excepción de cuando la ley lo autorice, pero lo que no se tuvo en cuenta en la Ley 80 fue que a nivel territorial se daba aplicación a la Ley 19 de 1982 que permitía que los Concejos Municipales y Asambleas Departamentales dictasen algunas normas contractuales.

Es decir, que la pretensión del estatuto de contratación era ser la única norma que rigiera la contratación sin importar la actividad de la entidad estatal, siempre y cuando estuvieran de por medio recursos públicos o particulares que celebraran contratos a nombre del estado, impactando de forma progresiva los regímenes exceptuados ya que

¹³⁰ *Ibidem* Pág. 68.

¹³¹ *Ibidem* Pág. 69.

su justificación estaba dada por el tipo de actividad y la persona que celebrara el contrato¹³².

En cuanto al segundo eje correspondiente al régimen mixto jurídico de los contratos estatales, La ley 80 de 1993 señaló que los contratos que suscriban las entidades estatales se registrarán por disposiciones civiles y comerciales a excepción de materias reguladas por el estatuto de forma particular. Pero con lo mencionado no se puede argumentar que se aplique de forma exclusiva el derecho privado, sino por el contrario se da la mezcla de un sistema normativo mixto en el que se da la combinación del derecho privado con el precepto antes mencionado del interés general¹³³.

De lo anterior, se desprende que ese régimen mixto de contratación enlaza el derecho público y el derecho privado mediando el interés general que es un factor primordial al momento establecer una relación contractual con el estado, permitiendo la norma la flexibilidad de los contratos que celebran las entidades estatales que realizan actividades industriales y comerciales, mostrando el estatuto de contratación que puede ser una norma que está dada a las características de las actividades que despliegan las diferentes entidades del estado. De allí que esta norma no se mostrara como una camisa de fuerza como si lo hizo el Decreto 222 de 1983, ya que el principio de autonomía de la voluntad de las partes indicaba su contenido, es decir que bajo un régimen jurídico mixto que imponía la aplicación del derecho público acorde al interés general, es una situación que impacta en los regímenes exceptuados, ya que en la normatividad anterior la rigidez en cuanto a estos aspectos reñía con las actividades de los organismos del estado¹³⁴.

Vale la pena señalar lo que indica Jojoa Bolaños en el sentido de que si bien es cierto se buscaba que el estatuto de contratación fuese único, al ser de carácter general y como lo señaló en su momento la Corte Constitucional, al tratarse de una ley ordinaria, ha permitido que se expidan una serie de excepciones que ha desdibujado por completo la concepción del legislador de 1993, que no era otra diferente a que la Ley 80 de 1993 fuera un estatuto de aplicación universal.

Pero no todos los autores le ven el lado bueno a que el estatuto haya unificado el concepto de contrato estatal, ya que para Fandiño Gallo¹³⁵, ya que señala que al parecer el legislador con la expedición de la Ley 80 de 1993 se aparta por completo de la doctrina universal para crear un concepto propio, puesto que *“es imposible que un estatuto de*

¹³² JOJOA Bolaños, Alexander. Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales. Ed. Ibañez. Pág. 71-72.

¹³³ *Ibidem* Pág. 72-73.

¹³⁴ *Ibidem* Pág. 73-74.

¹³⁵ FANDIÑO Gallo, Jorge Eliécer. Régimen Jurídico del Contrato Estatal. Editorial Leyer. 2009. Pág. 32.

*contratación pretenda definir un régimen jurídico unitario para todos los contratos, a razón de que es admisible la existencia de tantos regímenes particulares como contratos celebra la administración en el ámbito de su giro particular”, pero el autor así mismo consideró que el estatuto no se menoscabó en razón a que algunas entidades requieren de cierta eficiencia y agilidad para competir en el sector privado y por el objeto de algunos contratos fue beneficiosa la adopción del criterio orgánico de dar el calificativo de contratos estatales.*¹³⁶

Siguiendo con el autor, señala que antes de que se diera la reforma en materia contractual, al autorizar a la administración para que empleara el derecho privado, no la excusaba para que inaplicara los principios que llevaran a erradicar la arbitrariedad el subjetivismo y la improvisación, por el contrario fomentaba a las entidades para que dieran aplicación a los principios de la contratación estatal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, cláusulas excepcionales al derecho común, reglas de interpretación, etc. y todo lo relacionado con el contenido del contrato.

Es por ello que para Fandiño Gallo¹³⁷, que no es posible determinar que la actividad pública solo debe basarse en el derecho administrativo, ya que la dinámica del derecho positivo hace la invitación a que la base jurídica que predica los fenómenos estatales encuentre sustento en normas de otra naturaleza, ya que unas veces se emplean normas del derecho administrativo y en otras ocasiones de deben emplear normas civiles o comerciales de acuerdo a la necesidad de la administración.

A continuación se expondrán los aspectos más preponderantes del Estatuto de Contratación.

2.2.1. Aspectos generales

A groso modo damos una mirada a la forma de contratación de las entidades como la Nación, sus ministerios, departamentos administrativos, empresas industriales y comerciales del Estado, cuando éste poseía el 90% de su capital. Ahora bien, llego la constitución de 1991, y con ella los cambios estructurales, para nuestro país, de ahí la necesidad de hacer un Estatuto de contratación generalizado para todos donde el andamiaje estatal siguiera una misma normatividad, de ello podemos dar fe ya que en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993¹³⁸, así quedó plasmado:

¹³⁶ Ibid Pág. 32-33

¹³⁷ Ibid Pág. 34

¹³⁸ COLOMBIA. Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación. Diario Oficial 41.094. Octubre 28 de 1993.

“Así pues, esta ley pretende convertirse en la general y única para el Estado en todo el territorio nacional. Para los efectos de la ley se denominan entidades estatales la Nación, el Distrito Capital, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios. Además, el artículo segundo del proyecto extiende el ámbito de aplicación a las nuevas instituciones previstas en la Carta Política de 1991 como las regiones, las provincias, los distritos especiales y los territorios indígenas, el Consejo Superior de la judicatura y la Fiscalía General de la Nación. De igual modo se establece que para los efectos de este proyecto se consideran como entidades estatales, "las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que el Estado tenga participación mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles”

Como se observa incluyen allí a todo lo que constituye y hace parte del Estado, haciendo especial énfasis en la satisfacción del interés público y de las necesidades colectivas. La ley 80 de 1993, buscaba definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben tenerse en cuenta para la realización y ejecución de todo contrato estatal, el reconocimiento a la autonomía de la voluntad que la ley le confiere a las partes para regular las relaciones contractuales, las cuales debían estar enmarcadas por el respeto al orden público, el interés público y las necesidades de la colectividad. Alcanzando con esta normatividad a los particulares que, por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado.

2.2.2. Entidades estatales a las cuales se aplica el Estatuto de Contratación

El estatuto, inicia su articulado definiendo cuales son las entidades estatales sujetas a las normas allí expuestas para su contratación en estricto orden señala: La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipio, los territorios indígenas y los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.¹³⁹

¹³⁹ COLOMBIA. Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación. Artículo 2, numeral 1, literal a). Diario Oficial 41.094. Octubre 28 de 1993.

A renglón seguido taxativa añade al Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, las Contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.¹⁴⁰

2.2.3. Deberes y derechos de los actores que participan en los procesos contractuales

La Ley plasma, los fines de la contratación estatal y los define como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

| DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES | DEBERES Y DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. • Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías • Solicitar la actualización o revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato • Revisar periódicamente las obras ejecutadas, los servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas. • Exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajusten a los requerimientos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias. • Adelantar las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran con ocasión del contrato. • Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los | <ul style="list-style-type: none"> • Recibir la remuneración pactada. • Colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y sea de la mejor calidad. • Podrán acudir ante las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato. • Garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados. • No acceder a peticiones o amenazas de quien actúen por fuera de la ley. • |

¹⁴⁰ Ibíd., literal b)

| | |
|---|--|
| <p>terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adoptar las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar. • Corregir en el menor tiempo posible los desajustes que se pudieran presentar. • Respetar el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. | |
|---|--|

2.2.4. Inhabilidades e incompatibilidades

En cuanto a las inhabilidades e incompatibilidades, se mantienen las expresadas en la ley 222 de 1983 y se añaden: Quien sin justa causa se abstenga de suscribir el contrato estatal adjudicado; quien sea conyugue, compañero permanente y quien se encuentra dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier persona que haya presentado propuesta para la misma licitación; las sociedades sin incluir las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de los socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socio de una sociedad que haya presentado propuesta; los socios de sociedades de personas en las cuales se haya declarado la caducidad; las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública, inhabilidad que se extiende a las sociedad en que hagan parte dichas personal en calidad de administradores, representante legales, miembros de juntas directivas o socios controlantes a sus matrices y subordinadas y sucursales extranjeras con excepción de las anónimas abiertas.

Las inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes cuando surjan, el contratista cederá el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante, o en su defecto deberá renunciar a su ejecución¹⁴¹ a reglón seguido señala la ley que, cuando existe una inhabilidad o incompatibilidad a un proponente dentro del proceso licitatorio o el concurso, se entenderá que renuncia a la participación del proceso de selección y cuando aquella se presentase a algunos de los miembros de un consorcio o de una unión temporal, se cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad, no habrá cesión entre quienes integran el consorcio o la unión temporal.

¹⁴¹ *Ibíd.*, artículo 9

No quedan cobijados por el régimen de incompatibilidades e inhabilidades quienes:

- Contraten por obligación legal
- Personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos
- Quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política de Colombia.

En este punto en particular, es preciso recordar el propósito de las inhabilidades e incompatibilidades, señaladas por el Consejo de Estado:

“... El régimen de inhabilidades e incompatibilidades que establece el ordenamiento jurídico colombiano obedece a claras directrices constitucionales tendientes a romper el principio de igualdad, limitando los derechos políticos y negociables de todas aquellas personas, en virtud de sus especiales situaciones de carácter individual, puedan eventualmente colocar en peligro los intereses generales y el bien común, depositados en las entidades estatales. Se trata de todo un régimen de limitación de derechos a partir del establecimiento de prohibiciones por razones de interés público – por lo tanto, de origen y justificación en las finalidades mismas del Estado- que deben soportar todos aquellos que se encuentren incurso en las hipótesis que el legislador establece para estos propósitos.

De manera concreta, la existencia de inhabilidades e incompatibilidades se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular y de que el interés general debe ser el propósito y conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de concepto de moralidad e imparcialidad; por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación de las entidades estatales.

La constitución y el legislador quieren la mayor transparencia y pulcritud en el manejo de las decisiones públicas y, sobre todo, en el destino de los recursos presupuestales vinculados con la contratación, con el propósito de que éstos no se trasladen a sujetos que puedan caracterizarse legalmente por estar incurso en conflicto de intereses general. Cualquier actitud complaciente con el individualismo o con los intereses personales para el manejo del Estado resulta reprochable frente al ordenamiento jurídico, en especial en materia contractual, donde el legislador ha elevado a conducta punible todas aquellas relaciones contractuales con sujetos incurso en prohibiciones en razón de sus conflictos con el interés general”¹⁴²

¹⁴² COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 66001233100020090087 -02. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2.2.5. Autoridad encargada de celebrar contratos y seleccionar contratistas

La ley 80 en su erudición, designa taxativamente la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas indicando que será el jefe o representante legal de la entidad así:

1. Para celebrar los contratos a nombre de la nación el Presidente de la República.
2. En la entidad respectiva: los ministros, directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el presidente del senado, el presidente de la cámara, los presidentes de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y sus consejos seccionales, el fiscal general de la nación, el contralor general de la República, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil.
3. A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores y los representantes de las regiones, las provincias y las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios

Concluyendo, en el articulado tienen capacidad todos los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

Se autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo.

El artículo 14 de la ley 80 de 1993, habilita a las entidades estatales de unos medios para el cumplimiento del objeto contractual en los siguientes términos:

“1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellas convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberán procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicaran 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.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del estado, así como en los contratos de obra, en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente”.

Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o la afectación grave del servicio público que pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal si no logra acuerdo, interpretara en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia; si observamos la diferencia con el decreto 222 de 1983, es que, la ley 80 de 1993, impuso a la interpretación unilateral la motivación del acto administrativo.

La Corte Constitucional en sentencia T-463-2001 en cuanto a las finalidades y características principales de las potestades excepcionales en materia contractual entre otras señaló:

“Como lo ha establecido esta Corporación los contratos estatales no constituyen por si mismos una finalidad, sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del estado en forma legal, armónica y eficaz, a través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicio públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la administración pública, de un poder especial de orden administrativo¹⁴³.

¹⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-463-2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Mayo 3 de 2001.

El establecimiento de esta clase de potestades excepcionales encuentran apoyo constitucional en las reglas que exigen que la función pública debe adelantarse en aras de la consecución de los fines estatales y con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP art 209) además, la utilización que de esas potestades se haga, se encuentra sometida a los mandatos constitucionales que disponen que los servidores públicos deben ejercer funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, siendo responsables por el desconocimiento de estos mandatos, al igual que por la omisión o extralimitación en el ejercicio de la funciones (CP arts. 123 y 6)

El fundamento, alcance y finalidad de las cláusulas excepcionales de la administración, para la Corte, apoyada en la doctrina administrativa y en la jurisprudencia de lo Contencioso administrativo, ha sido el siguiente:

[Al hablar de disposiciones extrañas a la contratación particular se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no solo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes del Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su tratado de derecho administrativo; determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato, su terminación, su modificación e interpretación unilateral, como las medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no solo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.]”

A su turno el H. Consejo de Estado, ha indicado que: *“el ordenamiento jurídico otorga a la autoridad competencias para sus actuaciones con características de no ser negociables, ni transferibles, en su cumplimiento están comprometidos la tranquilidad y la seguridad públicas como elementos integradores del orden públicos, en nuestro derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos”*

2.2.6. Terminación unilateral

El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 dispuso: De la Terminación Unilateral. 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.

El Máximo Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que la administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efectivo punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan un obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria.

Otra de las posibilidades que da la ley para que la administración cumpla con los fines del Estado es la declaratoria de caducidad, cuando se presenten algunos de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a la paralización, por acto administrativo motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación.

El artículo 21 de la mencionada ley, señala que se debe garantizar la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones de competitividad y calidad, oportunidad y precio; obviamente sin desconocer el procedimiento de selección objetiva.

2.2.7. Del Registro Unico de Proponentes

De los Registro de Proponentes señala textualmente la ley, que todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas; se conformara un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con el mismo se les solicite. La certificación servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información

relacionada con la clasificación y calificación del inscrito. Finaliza refiriendo que el registro de proponentes es público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga.

La Corte Constitucional en sentencia del D-643 fechada 20 de abril de 1995 con ponencia del Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA¹⁴⁴; señalo entre otros apartes al respecto que:

“Acerca de la naturaleza jurídica de las cámaras de comercio cabe anotar que la controversia desatada alrededor de su calificación como entidades públicas o privadas, que presidió los debates generados con motivo de la expedición del Código de Comercio y los desarrollos doctrinales posteriores, hoy en día se halla zanjada en favor de la última opción; de ahí que el artículo 78 del referido código, conforme al cual las cámaras de comercio son: instituciones de orden legal (...) creadas por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar, no significa que estos entes hayan sido integrados a la administración pública, sino más bien que se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida al Gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada que se manifiesta, por el ejemplo, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros, en la posibilidad de contar con representante legales designados por ellas mismas y de expedir estatutos o reglamentos elaborados por la propia cámara.

(...)

A propósito es importante tener en cuenta que el nuevo estatuto general de contratación de la administración pública, encargo a las cámara de comercio la función de llevar el registro de proponentes en el cual deben inscribirse, todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, lo anterior con la pretensión de superar los inconvenientes que la regulación antes vigente genero al permitir que cada una de las entidades estatales contara con un registro interno, situación que propicio la existencia de una variedad de registros que respondían a diferentes pautas y cuya información no siempre eran coincidentes. A la dispersión anotada se sumó la dilación en los tramites de inscripción, derivada de la facultad de efectuar la calificación del proponente que correspondía a la entidad respectiva, lo que, adicionalmente, en no pocas oportunidades afecto la transparencia que procedimientos tan importantes como los vinculados a la contratación administrativas están llamados a garantizar.

En esas circunstancias el Legislador busco establecer un sistema que respondiera eficazmente a la necesidad de unificar los procedimientos e información, simplificar trámites y

¹⁴⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia del D-643-1995. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Abril 20 de 1995.

conferirle al registro mayor agilidad, organización y veracidad, lo que refuerza el propósito general del proyecto en cuanto busca convertirse en un estatuto que garantice la diáfana, eficaz, responsable y oportuna gestión de la administración pública. (...)

La obligatoriedad de inscribirse en el registro de proponentes, siempre que se pretenda celebrar con las entidades estatales los contratos indicados en el artículo 22 del Estatuto Contractual, así mismo el carácter único y la innegable importancia que posee para lograr la selección adecuada del contratista y también la incidencia en la realización de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal. Factores todos estos que persuaden acerca de la naturaleza pública de la función que la Ley 80 de 1993 atribuyó a las Cámaras de Comercio por haber demostrado ser entes preparados y eficientes que, por tanto, garantizan la bondad y beneficios de la disposición. (...)

Ahora bien, en el ejercicio de la función administrativa de llevar el registro de proponentes, las Cámara de Comercio, deben ceñirse a los postulados y reglas del derecho público, procurando observar las finalidades que el ordenamiento jurídico busca asegurar, y utilizando para ello los medio expresamente autorizados. Es sabido que los actos jurídicos en los que se concreta el ejercicio de la función asignada, se ubican dentro de la categoría de los actos administrativos y, en cuanto a tales, están sujetos a las específicas disposiciones que regulan la materia.

De acuerdo con lo anotado, la inscripción en el registro de proponentes supone adelantar un procedimiento típicamente administrativo al que, por tanto, le es aplicable el Código Contencioso Administrativo en aquellos aspectos que no hayan sido objeto de especial regulación en la Ley 80 de 1993 o en sus decretos reglamentarios. La incorporación en el registro de la información que el proponente suministra, se lleva a cabo en virtud de un acto administrativo al que, dado su carácter registral, se le aplica lo dispuesto por el artículo 44 del CCA que establece: los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Es indispensable poner de presente que a la Cámara de Comercio no le corresponde el ejercicio del control de legalidad sobre los actos y documentos sujetos a inscripción, su tarea, entonces se limita a recibir la información y efectuar la inscripción sin que le sea dado entrar en el examen o control de lo informado, salvo en el caso de la verificación que se exige tratándose de documentos otorgados en el exterior. (...)

El registro de proponentes se orienta hacia el objetivo de ofrecer a las entidades estatales y a las personas interesadas información necesaria sobre un contratista determinado de modo que se tenga especialmente por la administración pública, un conocimiento cabal y actualizado del eventual contratante, es obvio esperar que, la información aportada, además de ser lo más completa posible se ajuste, en cada momento, a la verdad y que, de igual manera, la clasificación y calificación respontan a idéntica exigencia; bajo el entendimiento de que los dictados de la buena fe imponen la observancia de un comportamiento leal, tanto en las etapas previas a la constitución de una determinada relación jurídica como en todos los desenvolvimientos posteriores de la misma.”

Le impone la ley 80 de 1993 la obligación a las entidades estatales de enviar semestralmente a la Cámara de Comercio que tenga jurisdicción en el lugar de domicilio de inscrito, la información sobre los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento del mismo y las multas o sanciones que se hubieren impuesto.

Hasta aquí pudimos trasegar sobre las generalidades de la contratación estatal, todos aquellos requerimientos de forma, elementos sustanciales, requeridos para que ésta se pudiera llevar a cabo con el mínimo de requisitos para su realización; pero ha llegado el momento de adentrarnos en la medula de la contratación estatal, aquella que hace que sea verdaderamente al servicio del bien común, que la aparta de la contratación privada con intereses individualistas para darle el matiz de lo supra personal, alejado de cualquier mezquindad y beneficio único, sino por el contrario; los principios rectores, la carta de navegación que los empleados públicos deberían seguir día a día para evitar que la corrupción tocara sus puertas y con ella el desangre financiero estatal que tanto perjudica y degrada a los colombianos.

2.2.8. Principios de la contratación estatal

Textualmente el Artículo 23 Señala: ***De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales.*** *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

El Consejo de Estado ha indicado que:

“El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

En consecuencia, con el objeto de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir, en este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la ley 80 de 1993,

de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.

En relación con el procedimiento de licitación pública, esta Sala ha dicho que el mismo hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad, así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato.

(...)

En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8 del artículo 24 de la ley 80 de 1993, en virtud del cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto¹⁴⁵

Como se indicó en la referencia anterior, el contratista, debe escogerse siempre a través de licitación o concurso público, salvo cuando se contrate directamente, y ¿cuándo se puede contratar directamente? Cuando el contrato sea de menor cuantía, en contratos de empréstitos, en los interadministrativos con excepción del contrato de seguros, para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; el arrendamiento o adquisición de inmuebles y por urgencia manifiesta; En cuanto a ésta última, se precisa que la declaración debe hacerse por el Representante Legal de la entidad mediante un acto administrativo motivado, en él se deben hacer constar los hechos por los cuales la administración justifica su decisión de contratar sin acudir a las formalidades requeridas, debido a las circunstancias que se presentaron de manera excepcional. También se puede contratar directamente, declaraba desierta la licitación o el concurso tal como se señalaba en la ley 222 de 1983; cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta que se ajuste al pliego de condiciones, o a los términos de referencia, o en general cuando falte la voluntad de participación; cuando sea la contratación para bienes y servicios que se requieran para la defensa y la seguridad nacional; cuando no exista pluralidad de oferentes, cuando sean productos de destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos que celebren

¹⁴⁵ COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767). Magistrado ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Enero 31 de 2011.

las entidades estatales para la prestación de servicios de salud; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta.

Todas las actuaciones de las autoridades públicas y los expedientes serán abiertas al público y los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos o decisión.

2.2.9. Pliegos de condiciones

Los pliegos de condiciones o términos de referencia deben como mínimo estar diseñados con los siguientes requisitos:

1. Indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección
2. Definir las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta
3. Definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del contrato
4. No se puede incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento.
5. Definir regalas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos.
6. Definir el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ellos hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía

La ley 80 de 1993, determinó que la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y la misma será declarada en acto administrativo en el que se señalaran en forma expresa y detallada las razones que han conducido a tal decisión.

El artículo 26 de la mencionada ley se destina al principio de Responsabilidad y en virtud de ello, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contractual y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar por los daños causados, las entidades y servidores responderán por abrir licitaciones o concurso sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios o cuando éstos hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo; el actuar de los servidores públicos debe estar sustentado en reglas sobre administración de bienes ajenos y por los

mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. Los contratistas responderán, entre otras, por haber ocultado al contratar inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones o por haber suministrado falsa información.

2.2.10. Proceso de selección del contratista

Una vez presentadas las propuestas por los aspirantes a contratar, viene inmediatamente el proceso de selección objetiva, el cual es realizado por la entidad con fundamento en los siguientes supuestos:

- La escogencia debe hacerse al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines por ella buscados.
- Se deben tener en cuenta factores como el de cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa y detallada de los mismos.
- Se efectuarán las comparaciones del caso mediante cotejos de los diferentes ofrecimientos recibidos, consulta de precios o condiciones del mercado.
- En caso de comparar las propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de utilización.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a entidad y al adjudicatario, si éste no suscribe el contrato dentro del término señalado quedara a favor de la entidad, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta.

2.3. Ley 1150 de 2007

Para comenzar es necesario señalar que esta ley luego de presentarse varias reformas fallidas después de la expedición de la Ley 80 de 1993 a raíz de las dificultades presentadas con la aplicación del estatuto por entidades particulares y a su vez las debilidades que presentó para poder garantizar los principios que la inspiraron, el Gobierno presentó un proyecto de ley que luego se convirtió en cuatro proyectos tratando el mismo tema, lo que finalmente dio como resultado la Ley 1150 de 2007; pero eso no significa que en esta norma el este planteado todo lo que el gobierno pretendía plasmar y como toda normatividad se dieron dificultades al momento de socializar los textos a las entidades involucradas que tienen diversos intereses que son diversos al momento de redactar las normas¹⁴⁶.

¹⁴⁶ ARAUJO Oñate, Rocío. La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficiencia y transparencia en la contratación estatal? Editorial Universidad del Rosario.2011. Pág. 3-4.

Esta norma trae consigo tres aspectos fundamentales a saber: *contratación más transparente y eficiente, contratación electrónica y contratación como instrumento de desarrollo económico y social*¹⁴⁷, cuyo objetivo primordial fue con el fin de garantizar mayor transparencia y eficiencia en el uso de recursos públicos a través de instrumentos y herramientas novedosas.

La importancia de esta norma, radica en que apareció con la finalidad de dar mayor transparencia a los procesos de contratación, sobre todo en lo relacionado con la selección objetiva de los contratistas y sus diversas modalidades de selección agregando además una regulación conexas a los medios electrónicos informáticos denominada “*contratación pública electrónica*”, entre otros aspectos relacionados con la preparación de los pliegos de condiciones, su publicación, estudio de propuestas, entidades de régimen especial de contratación, que hacen que tenga su carácter de reformatoria¹⁴⁸.

Además, al hacer que la contratación fuese más eficiente buscó fortalecer el principio de transparencia dictando normas generales con el fin de hacer extensivo el régimen de contratación a entidades que excluidas en la Ley 80 de 1993, estipulando que si bien es cierto tenían un régimen de excepción estaban sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades debiendo aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal¹⁴⁹ y a su vez al introducir aspectos relacionados con la promoción al desarrollo, buscaba fomentar la incorporación de mano de obra local y departamental distribuyendo recursos en la contratación pública, que en si es la forma en que se ejecutan los recursos del estado ya se de los ministerios, departamentos, entidades del sector central y descentralizado y demás actividades que manejan la contratación estatal.

Pero como modificación determinante que introdujo esta norma al Estatuto de Contratación fue al principio de selección objetiva introduciendo dos conceptos, el del principio de “pasa o no pasa”, en el sentido de que los factores de evaluación se hacen más estrictos y para cada proceso en particular evitando que el mismo sea direccionado, ya que como se sabe los requisitos a exigir deben ser mínimos, proporcionales y adecuados de acuerdo al objeto contractual y de otra parte la adecuación de los procesos de selección a los objetos contractuales, es decir que si yo requiero una persona por

¹⁴⁷ Ibid, Pág. 4

¹⁴⁸ SOLANO Sierra, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2010. p. 80-81.

¹⁴⁹ ARAUJO Oñate, Rocío. La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficiencia y transparencia en la contratación estatal? Editorial Universidad del Rosario.2011. Pág. 4

ejemplo para que me venda o suministre un bien o servicio, lo que voy a tener en cuenta en ese caso es el precio.¹⁵⁰.

Si bien es cierto, la norma concretó aspectos favorables como introducir entidades con regímenes especiales de contratación, el deber de las entidades de publicar los estudios y pliegos de condiciones con el fin de suministrar toda la información al público para la correspondiente fiscalización social, estableció la figura de distribución de riesgos, introdujo factores para la selección objetiva del contratista, creó la obligación de hacer las audiencias públicas en las licitaciones, implementó la divulgación de la información contractual por medios electrónicos, estableció el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, entre otros, se hace necesario ver cuáles fueron las falencias que presentó la ley como se verá a continuación¹⁵¹.

1. La Ley 1150 de 2007 no reformó aspectos de la Ley 80 de 1993 que fueron presentados en varias ocasiones en plenaria, una de ellas era haber realizado una revisión más exhaustiva del artículo 30 con el fin de hacer más ágil y eficaz el procedimiento de la licitación pública.
2. No se reguló el tema relativo a la contratación con las personas jurídicas señalado en el artículo 355 de la Constitución Política, ya que los mismos no están regulados por el estatuto de contratación sino por la Ley 777 de 1992 y normas de derecho privado, no permitiendo que las entidades sin ánimo de lucro participasen en una licitación pública.
3. Al hablar de la distribución de riesgos, el legislador habla de oferente cuando ni siquiera se han presentado propuestas, encontrándose incongruente dicho término.
4. La regulación del derecho de turno de los contratistas en relación al orden de presentación de los pagos, hace que haya un retroceso yendo en contra del principio de celeridad y eficiencia.
5. El término indicado para la liquidación de los contratos es incongruente, ya que al ampliar el plazo hace que la entidad contratante genere dilación en la liquidación de los mismos oponiéndose a los principios de eficiencia que fomenta la reforma¹⁵².

Otro de los aspectos más preponderantes de la Ley 1150 de 2007 es que en los contratos que se prolonguen en el tiempo, establece en su artículo 31 el régimen de

¹⁵⁰ ARAUJO Oñate, Rocío. La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficiencia y transparencia en la contratación estatal? Editorial Universidad del Rosario.2011. Pág. 5

¹⁵¹ Ibid. Pág 82-83.

¹⁵² Ibid. Pág 84-88.

transición de los procesos contractuales además de indicar que los contratos que se encontrasen en ejecución seguirían sometidos a las normas vigentes al momento de que inicien dichos procedimientos contractuales¹⁵³.

Así mismo, esta ley reiteró las disposiciones contenidas en el código civil y las Leyes 57 y 153 de 1887, pero además prohibió que se prorrogaran o adicionaran contratos de cooperación vigentes que se hubieren celebrado bajo el amparo de la Ley 80 de 1993¹⁵⁴.

En las entrañas de esta ley¹⁵⁵, se buscaba con su aprobación, sanar las heridas abiertas durante tantos años en la aplicación de la ley 80 de 1993, era una búsqueda afanosa de cerrarle la brecha a la corrupción que se venía gestando de manera presurosa, máxime cuando la participación promedio de la contratación del sector público es superior al 11% del PIB, buscando que cualquier instrumento utilizado para evitar la evaporación de los recursos públicos impactará positivamente en el ámbito económico de la nación.

Siendo así textualmente se señala en la exposición de motivos de ley:

“El proyecto se esmera en cerrar puertas falsas usadas a veces para afectar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. De esta forma, regula los requisitos mínimos para participar en los procesos de selección, permite subsanar errores de papeleo que no alteren las condiciones que dan puntaje en la emulación, evita el uso de mecanismos que eluden la aplicación de la Ley 80 como el uso de cooperativas públicas, ordena la publicación de los pre pliegos, etc.

Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concrete en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisito de habilitación para participar en el proceso y en consecuencia la evaluación de la ofertas se concentre en aspectos técnicos y económicos”

¹⁵³ GÓMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. 2da. Edición. Editorial Legis. 2012. Pág. 25.

¹⁵⁴ Ibid Pág. 25.

¹⁵⁵ COLOMBIA. Ley 1150 de 2007. Diario Oficial 46.691. Julio 16 de 2007.

Pero como toda norma también trae su punto negativo, de acuerdo a Dávila Vinueza¹⁵⁶ la mayor crítica es la necesidad de tener una reglamentación tan extensa para implementar su aplicación y desarrollo no solo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino también por disposición de varias normas de ley que reclaman esos desarrollos normativos, generando como consecuencia la expedición de varios decretos, cuyas vigencias han sido muy cortas generando inseguridad jurídica por los constantes cambios; un ejemplo de ello fue la posterior expedición del Decreto 006 de 2008, luego el Decreto 2474 de 2008 y posteriormente el Decreto 734 de 2012 que fue sustituido por el Decreto 1510 de 2013 y finalmente el Decreto 1082 de 2015 que es el que está vigente.

2.3.1. Aspectos generales

Luego de ver los aspectos más preponderantes de la norma, podemos iniciar señalando que La ley 1150 de 2007 trae la figura de selección abreviada, con el fin de permitir una selección más ágil en contratos de adquisición de bienes de características uniformes y de común utilización.

La ley en su artículo segundo se ocupa de las modalidades de selección tanto de la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa.

Textualmente refiere la prohibición de exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección y en consecuencia no podrá ser objeto de cobro los pliegos de condicione correspondientes. Se deja la nota que la expedición de copias de estos documentos se regirá por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo.

Se introduce la posibilidad de contratación pública electrónica, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener un lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificaciones y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios, y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con sus obligaciones de publicidad de los procesos contractuales serán señalados por el Gobierno Nacional.¹⁵⁷

Tratando que la selección del contratista sea lo más objetiva posible, en aras de evitar cualquier tipo de manipulación o favorecimiento, dispuso textualmente que estuviera alejada de cualquier motivación subjetiva, y lo criterios para su escogencia

¹⁵⁶ DAVILA Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera edición. Editorial Legis.2016. Pág. 20-21.

¹⁵⁷ COLOMBIA. Ley 1150 de 2007. Artículo 3. Diario Oficial 46.691. Julio 16 de 2007.

serían: i) capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, no otorgan puntaje alguno, solo con motivo de verificación, ii) la oferta más favorable, señala la ley es aquella que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y ponderación precisa y detallada de los mimos, contenida en los pliegos de condiciones resulte ser la más ventajosa para la entidad, iii) en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, solo será el único factor de evaluación el menor precio ofrecido, iv) en el caso de consultores se valorará los aspectos técnicos de la oferta o proyecto.

2.3.1.1. Principio de publicidad

La publicidad es una característica muy especial en contra de la corrupción en la contratación estatal, ya que con ella no solo las personas interesadas en el proceso contractual sino el público en general puede conocer de primera mano que está sucediendo con la contratación pública, por otra parte, quién más que la misma ciudadanía puedan servir de veedores del erario público y evitar la malversación de fondos. Por ello el artículo 8 de la ley 1150 de 2007 dispuso que con el propósito de suministrar al público en general la información que permita formular observaciones al contenido; las entidades están en la obligación de publicitar los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes. Dicha información debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna. Además de ello deben publicar las razones por las cuales acogen o rechazan las observaciones que se realicen. Aunado a lo anterior la adjudicación se hará en forma obligatoria por audiencia pública, mediante resolución motivada que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

2.3.2. Inhabilidades

Esta ley como novedad, aumenta el abanico de inhabilidades para contratar, a las personas que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones; esta inhabilidad se extiende también a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las anónimas abiertas.

La ley es tajante en señalar que los jefes y representantes legales de las entidades estatales en ningún caso quedaran exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. Al respecto en demanda de constitucionalidad de ésta norma la Corte Constitucional señaló:

“Al respecto, encuentra que dicha disposición no sólo no desconoce los postulados de dicha norma superior, sino que al contrario los desarrolla plenamente. Ciertamente, como se acaba de ver, la interpretación armónica del artículo 211 de la Carta, junto con otros principios constitucionales recogidos en los artículos 1º, 2º, 6º, 123, 124 y 209 superiores, especialmente con el principio de coordinación de la actividad administrativa contenido en el artículo 209 de la Constitución y la regla general de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos consagrada en el 124 ibídem, lleva a concluir que el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedara exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática, expuesta por esta Corporación en las tantas veces mencionada Sentencia C – 372 de 2002.

En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. En el caso de la norma bajo examen, la función de vigilancia, orientación y control de la que no desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada.

De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores, a que refiere el artículo 124 de la Carta, conlleva que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisión y no por las de otros, principio que resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazado por esta Corporación en materia de responsabilidad discal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios. Ciertamente esta corporación ha sostenido que no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, sino se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.”¹⁵⁸

2.4. Decreto 2474 de 2008

2.4.1. Aspectos generales

En principio la finalidad del decreto era reglamentar las modalidades de selección ya establecidas en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, siendo fundamental para este decreto fomentar e incentivar el respeto a los principios de publicidad y selección objetiva

¹⁵⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia 693-08. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Julio 9 de 2008.

del contratista; el primero de la mano con el principio de transparencia y a su vez estableciendo unos lineamientos generalizados para las modalidades de contratación diferente a la Ley 1150 de 2007 que distinguía una modalidad y otra.

Lo primero que hace el decreto es reglamentar expresamente las modalidades de selección indicando cuales son y hace claridad de que las mismas se deberán regir por la ley 80 de 1993 en cuanto a los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la función administrativa. De allí que la norma indicara que los estudios previos debían contener toda la información necesaria para que el proponente pudiera identificar cual era el alcance del objeto contractual y los riesgos que la entidad determinaba para dicho proceso, debiendo ser puestos a disposición de los proponentes interesados a su vez con el pliego de condiciones que debían cumplir con unas características mínimas dependiendo de la modalidad de selección a utilizar, puesto que no todas las modalidades requieren de los mismos requisitos ni exigencias como si lo es en una licitación pública.

2.4.2. Requisitos para el desarrollo de los procesos de contratación

Así mismo, el decreto establece que en los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos se deberá realizar un aviso de convocatoria en el cual se den a conocer las características mínimas del objeto contractual, la modalidad de contratación, el valor, plazo, el lugar físico y electrónico donde puedan consultar tanto los estudio previos como los proyectos pliegos de condiciones, etc. A su vez para la apertura del proceso la norma estableció que se debía hacer a través de un acto administrativo motivado de carácter general, teniendo como información la siguiente:

“Artículo 5°. (...) El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará:

- 1. El objeto de la contratación a realizar.*
- 2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación.*
- 3. El cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.*
- 4. El lugar físico o electrónico en que se puedan consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.*
- 5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas.¹⁵⁹*
- 6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.*
- 7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.*

¹⁵⁹ COLOMBIA. Decreto 2474 de 2008. Artículo 5. Diario Oficial 47.043. Julio 7 de 2008.

De otro lado, el decreto indicaba que información debía contener el pliego de condiciones para la presentación de la propuesta por parte de los posibles oferentes como es una descripción específica del objeto a contratar así como su ficha técnica, los fundamentos de la modalidad de contratación, el procedimiento, los términos, las reglas objetivas que regulan el procedimiento, evaluación y ponderación de las ofertas, tipificación de las causales de rechazo y declaratoria de desierta y así mismo las condiciones para celebrar el contrato, como se va a realizar el pago, el presupuesto oficial, las garantías a exigirse, etc.

Es necesario señalar que la misma norma indicó que la modificación de los pliegos se podía hacer a través de adenda de acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso.

2.4.3. Publicidad en el SECOP

Es de gran importancia para el principio de transparencia y para combatir la corrupción, es la publicación de toda clase de procedimientos relacionados con la contratación en el SECOP, indicando que la entidad será la responsable de garantizar dicha publicidad a excepción de los que tengan alguna reserva. De allí que se publique desde el aviso de convocatoria hasta el acta de liquidación del contrato. En relación a la publicidad la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (C.P. Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.

De conformidad con lo antes expuesto, encuentra la Corte, que en cumplimiento del principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública, la sustitución de medios físicos por electrónicos, para la publicación y difusión de la información relativa a los procesos de contratación, se ajusta a la Carta Política, en tanto se cumplan las condiciones que permitan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial de las decisiones adoptadas por la administración; (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos. Así, el Legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, puede estipular diversos medios a través de los cuales dichas condiciones se cumplan, sean estos escritos o mediante el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, sistemas estos últimos que han sido

*avalados en pronunciamientos de esta Corporación como aptos para el cumplimiento del principio de publicidad*¹⁶⁰

Si bien es cierto, la sola publicidad no permite que la corrupción sea erradicada, brinda cierta seguridad tanto a la entidad como a los futuros proponentes de que están frente a un proceso que consta de todas las garantías necesarias para garantizar igualdad y una verdadera selección objetiva en la que los principios contractuales abanderan cada uno de los procedimientos de la contratación estatal.

2.4.4. Pliegos de condiciones en la licitación pública

Se estableció que en el caso de la licitación pública, el pliego de condiciones debía establecer si procedía de forma total o parcial la presentación de la oferta de manera dinámica a través de la subasta inversa, utilizándose ese método cuando la evaluación se realizase de la mejor relación costo – beneficio. Así mismo indica la norma que la adjudicación del proceso de licitación se realizará mediante audiencia pública. En esta audiencia los proponentes tienen la posibilidad de pronunciarse frente a las respuestas dadas por entidad frente a las observaciones hechas al informe de evaluación, pero eso no significa que haya lugar a mejorar o modificar la oferta.

La misma norma indica que si por algún motivo dichos pronunciamientos inciden en la toma de la decisión final, la audiencia se debe suspender por el tiempo que la entidad lo considere necesario para verificar los puntos debatidos y tomar la decisión final; además establece algunas pautas que se deben tener en cuenta en la audiencia desde el comportamiento de los asistentes hasta la determinación de lectura o no del acto administrativo de adjudicación.

2.4.5. Subasta inversa

Así mismo, el decreto estableció como se iba a desarrollar la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, primero indicando en qué consisten esta clase de bienes y segundo indicando que el procedimiento a emplear es el de subasta inversa, en caso de que fuese inferior al 10% de la menor cuantía se deben aplicar las reglas establecidas en la mínima cuantía, procedimiento que en el mismo decreto se desarrolla. En cuanto a la subasta, el legislador en este caso si indica particularmente que elementos debe contener el estudio

¹⁶⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia 711-12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Septiembre 12 de 2012.

previo, haciendo énfasis en que debe anexarse la ficha técnica con todas las especificaciones y características de los elementos a adquirir.

Al respecto, la norma indica a su vez que la subasta tiene dos modalidades como son *subasta inversa electrónica*, que se realiza empleando recursos electrónicos y *subasta inversa presencial* que es cuando los lances los hacen los proponentes de manera personal, así mismo establece los procedimientos para estas dos modalidades.

2.4.6. Bolsa de productos

Es en este momento cuando se establecen nuevas formas de contratación pública, comenzando con la implementación de las bolsas de productos. Es por ello que en ese momento no se encontraba como tal un régimen aplicable y por ello se debía tener en cuenta las disposiciones legales de bolsas de productos y los reglamentos que existieren; de allí que la norma indicara que se debían estandarizar, elaborar y actualizar un listado de bienes y servicios de características técnicas uniformes que las entidades estatales fueran susceptibles de adquirir y que estén en la lista de la bolsa de productos.

Algo a lo cual se le da cierta claridad es que además de los estudios previos y demás documentos previos, la entidad debe indicar *el precio máximo que la entidad pagará al comisionista y el precio máximo de compra de los bienes y/o servicios a adquirir a través de la bolsa*, eso sí debiendo tener en cuenta los comisionistas su registro en el SICE y en el RUPR.

Así como se estableció la selección objetiva de los proponentes, la norma expone la selección objetiva de los comisionistas, el cual se da en una rueda de negocios de la bolsa que le corresponda, siendo un proceso competitivo que se basa en el precio, de acuerdo a la reglamentación interna de dicha bolsa, una vez seleccionado, la entidad estatal no podrá exigirle obligaciones que no estén estipuladas en el contrato de la comisión.

2.4.7. Otros aspectos importantes sobre las modalidades de contratación

De otra parte, el decreto establece o señala el procedimiento para la contratación de menor cuantía haciendo énfasis en los términos de publicación, es decir, el de pliego de condiciones como la apertura del proceso. Asimismo indica cuál será el trámite a seguir cuando se presenten a las manifestaciones de interés más de diez interesados.

Se hace alusión a su vez a la contratación de mínima cuantía indicando que se puede emplear esta modalidad cuando el contrato a celebrar se igual o inferior del diez

por ciento de la menor cuantía, indicando que la entidad podría contratar teniendo como única referencia los precios del mercado sin obtener otras ofertas

Hay algunos aspectos que se observan en esta decreto y que casualmente no se encuentran en los decretos que derogan esta norma; uno de ellos es cuando se establece que cuando una entidad requiere contratar la prestación de servicios de salud tiene que contar con al menos tres ofertas de personas naturales o jurídicas que estuviesen inscritos en el antiguo ministerio de protección social.

Otro de los puntos que actualmente no se encuentran en la norma es que cuando se requiera declarar desierto una licitación pública, la entidad podía optar por irse por la modalidad de selección abreviada; siempre y cuando la entidad modificara simplemente los aspectos determinantes que llevaron a declarar la licitación sin modificar el objeto inicial de la contratación eso si haciéndolo cuatro meses después de haberse declarado desierto.

Finalmente, el decreto vino a reglamentar aspectos del concurso de méritos indicando que las entidades deberían emplear el sistema de precalificación a excepción de los proyectos de arquitectura. Asimismo señala cuales deben ser las etapas de esa modalidad los requisitos técnicos e indica cómo debe hacer la publicación en el SECOP; además de dar las directrices de la parte final de cuáles son los contratos susceptibles de manejarse por contratación directa.

Si bien es cierto este decreto amplio la forma de llevar los procedimientos en las diferentes modalidades de contratación, haciendo énfasis en el tema de la transparencia, publicidad y selección objetiva, a mi parecer para el legislador no fue suficiente esta reglamentación, ya que al analizar la norma se mostraban las herramientas para combatir un poco más la corrupción, siendo necesario expedir el Decreto 734 del 2012 derogando de manera explícita el decreto mencionado.

2.5. Ley 1474 de 2011

2.5.1. Aspectos generales

La ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad de la gestión pública” denominado Estatuto Anticorrupción, surge de la necesidad de poner un alto a la corrupción en Colombia tanto en materia contractual como en la gestión pública, ya que viene a implementar normas desde el punto de vista disciplinario, contractual, administrativo, penal y demás aspectos que confluyen en una

entidad y que de alguna u otra manera el servidor público tiene incidencia para incurrir en actos de corrupción .

Esta ley además introdujo medidas que hicieran que el servidor público y particulares se incentiven a actuar de forma honesta, estableciendo a su vez una medida sancionatoria como lo es el régimen de inhabilidades con el fin de garantizar la transparencia en las diferentes entidades así como sancionar a las personas que atenten contra la administración pública. El estatuto al tomar diversos sectores en los que se maneja el servidor público, propende evitar abusos en el sistema de seguridad social así como promover su sostenibilidad con una mayor vigilancia.

El Estatuto anticorrupción se expidió con la finalidad de combatir el fenómeno de la corrupción que ha sido uno de los más lesivos para el estado moderno ya que se vulneran pilares de gran importancia como la democracia desviando los recursos del erario público afectando a las personas con escasos recursos como ya se ha manifestado anteriormente en este trabajo. Si bien es cierto las medidas que se han adoptado en Colombia han sido favorecedoras para combatir la corrupción, pero también es cierto que el fenómeno y sus manifestaciones van variando con el pasar del tiempo, haciendo que sea más complicada su detección, de allí que se requiera del total apoyo de todos los sectores de la sociedad y la colaboración de las autoridades a nivel nacional, y demás organizaciones dedicadas a la lucha contra la corrupción que son señaladas en el estatuto con el fin de que desarrollen una política integral para combatir el fenómeno.¹⁶¹

La norma es tajante al incluir dentro de sus medidas aspectos penales con el fin de luchar contra la corrupción pública y privada, demostrando así su intolerancia hacia el fenómeno, ya que por ejemplo en el tema que nos ocupa la corrupción es latente así la modalidad de contratación sea la más sencilla.

El estatuto además establece unas medidas en materia de contratación que dentro de las más importantes se encuentran:

- a. Se impone mayor responsabilidad a los interventores.
- b. Establecen un régimen de multas, sanciones y declaración de incumplimiento más drástico.
- c. Se fortaleció el principio de planeación en los contratos de concesión.
- d. Se amplió el catálogo de inhabilidades como resultado de imposición de multas o incumplimientos.

¹⁶¹ GÓMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. 2da. Edición. Editorial Legis. 2012. Pág. 61.

- e. Se obliga a que los anticipos se manejen a través de fiducias para que se garantice que efectivamente sean invertidos en la ejecución del contrato.
- f. Se reguló la modalidad de mínima cuantía con el fin de velar por el principio de transparencia y selección objetiva.¹⁶²

Estos aspectos serán expuestos a continuación.

2.5.2. Aspectos que trata la norma en materia contractual

El estatuto en materia de contratación establece unas medidas en las cuales busca imponer sanciones al contratista en el sentido de que si el contratista incumple reiteradamente lo inhabilitara por tres (3) años, si se hace acreedor a multas por más de cinco veces en la ejecución de sus contratos o a su vez haya sido objeto de dos declaratorias de incumplimiento.

Un punto relevante que trata esta ley, es que los interventores de un contrato deben responder con el contratista de manera solidaria civil, penal y disciplinariamente en el incumplimiento de las obligaciones dentro de la ejecución de los contratos al igual que los consultores y asesores.

Asimismo en materia de anticipos de un contrato establece que solo podrán ser manejados por fiducias o patrimonios autónomos irrevocables con el fin de que esos recursos solo sean utilizados en la ejecución del contrato.

2.5.3. Selección de mínima cuantía

Por otro lado el estatuto anticorrupción viene a regular la contratación de mínima cuantía estipulando unas reglas específicas como son:

“ARTÍCULO 94. TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA.
Adiciónese al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

¹⁶² Ibíd. Pág. 62.

- a. *Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.*
- b. *El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil.*
- c. *La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas.*
- d. *La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.*

Parágrafo 1. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.¹⁶³

Como se puede observar, este artículo hace énfasis en cuanto tiempo debe hacerse la publicación de la invitación pública y cómo será la selección del contratista; este artículo 94 subrogó el numeral quinto del artículo segundo de la Ley 1150 de 2007.

Además de regular la mínima cuantía, señala que cuando las actividades contractuales de una entidad no provengan de la ley 80 de 1993, de todas maneras la ejecución de esos contratos se someterán a ese estatuto de contratación a excepción de que esa entidad ejerza sus actividades en el sector privado o cuando al celebrar un contrato interadministrativo tenga relación con su actividad.

2.5.4. Publicación en la licitación pública

Otro aspecto importante que resalta la norma es q al momento de publicar licitaciones que tengan que ver con obras públicas con antelación se deben tener los diseños de la obra, puesto que al no tener los estudios y diseños necesarios se comienzan a generar controversias y sobrecostos, que a su vez generan adiciones que hacen poner en duda el principio de planeación de la entidad; a su vez en lo que tiene que ver con los temas de licitación, indica que no se pueden publicar adendas tres (3) días antes al cierre del proceso, siendo fundamental este aspecto tanto para evitar la corrupción como para darle equilibrio al proceso, ya que lo que se buscó con esta prohibición es que faltando poco tiempo para el cierre, se cambien las condiciones a los proponentes favoreciendo a unos y perjudicando a otros.

¹⁶³ COLOMBIA. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial 48.128. Julio 12 de 2011.

Esta ley marca por completo la diferencia, haciendo que los servidores y particulares piensen dos veces al realizar acciones corruptas que van en contra de la administración pública, ya que las sanciones que impone la misma modificaron las establecidas en el código único disciplinario y a su vez en materia penal haciendo que las mismas sean más certeras.

2.6. Decreto 734 de 2012

El Decreto 734 de 2012 surge por la necesidad de hacer una revisión a toda la normativa expedida en materia contractual ya que existían fragmentos dispersos de las sentencias del Consejo de Estado, situación que generaba cierta incertidumbre y dificultaba la consulta de las normas además de la expedición de nuevas normas que para la época fueron de gran importancia como fue el plan de desarrollo nacional y el estatuto anticorrupción y la ley anti trámites que fueron decisivas para los temas de contratación.¹⁶⁴

De otro lado, Mejía Mejía y Cifuentes Trujillo¹⁶⁵ señalan que el Decreto 734 de 2012 surgió a la vida jurídica porque de acuerdo a diversos tratadistas, estudiosos y servidores públicos, las normas han sido complejas en algunos aspectos a saber:

- a. *La Ley 1150 de 2007 no derogó la Ley 80 de 1993, razón por la cual gran parte de los decretos que reglamentaban esta última, continuaron vigentes. Al expedirse un número importante de decretos reglamentarios de la ley 1150 de 2007, el operador contractual tenía la dificultad de tener que acudir a normas reglamentarias de las dos leyes, cuya vigencia no siempre era clara.*
- b. *El artículo 30 de la ley 1150 autorizaba al gobierno nacional para compilar normas de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007. Sin embargo esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-259 de 2008. Esta circunstancia hizo muy difícil el estudio e interpretación de las normas reglamentarias.*
- c. *El gobierno nacional cometió muchos errores con los decretos reglamentarios de la ley 1150 de 2007, que llevaron a que el Consejo de Estado suspendiera y, posteriormente, declarara la nulidad de varios artículos de esas normas, lo que el gobierno subsanó con otros decretos o mediante el impulso de otras leyes.*

Dentro de este último punto es necesario señalar que varias de esas normas reglamentarias también fueron anuladas por el Consejo de Estado, generando como

¹⁶⁴ PACHON Lucas, Carlos. Contratación Pública. Ediciones Nueva Jurídica. 2012. Pág. 36.

¹⁶⁵ MEJIA Mejía, Alvaro y CIFUENTES Trujillo, Jhon Jaime. La Contratación del Estado a partir del año 2012. Editorial Dike. 2012. Pág. 35.

resultado que se dieran decretos reglamentarios que regularan los mismos temas, que de acuerdo a los autores hicieron que el gobierno creara una *colcha de retazos* que convertían poco a poco la normatividad contractual en compleja y engorrosa, generando riesgos para las entidades estatales como para los contratistas¹⁶⁶.

Este decreto compila en total 27 decretos que fueron expedidos en casi veinte años y de allí su extensión. En este decreto los temas más importantes a tratar fueron la planeación contractual y las actuaciones previas, modalidades de selección, promoción del desarrollo, tratamiento favorable a la industria nacional y a las Mipymes, garantías, registro único de proponentes e incorporación de tecnologías de información y comunicación; el decreto tuvo la intención de ser el reglamento general de la contratación pero más sin embargo no logró compilar todo lo vigente en ese momento ni incluir lo nuevo.¹⁶⁷

Así mismo trajo consigo grandes aciertos también trajo varios desaciertos; para Ivan Darío Gómez Lee¹⁶⁸ esta norma afectó la seguridad jurídica y vulneró la cultura jurídica, es decir, todas las normas y valores que llevan a la creación de la aplicación sucesiva de normas y que hacen que el derecho sea certero y efectivo, y que al producirse una nueva norma en materia contractual hace que la contratación esté cada vez más lejos del ideal de un estatuto de contratación y de un ordenamiento preciso en la materia que establezca normas claras, coherentes, y justas para todos los operadores de la contratación que desean contratar con el estado.

Siguiendo con el autor, el mismo plantea que si bien es cierto el Decreto tiene 228 artículos, de un momento a otro eliminó la producción normativa realizada durante aproximadamente cuatro años sumando el Decreto 2474 de 2008, así como un centenar de normas y sentencias que permitían interpretar la contratación, generando el autor el interrogante de ¿qué llevó al legislador a tomar la decisión de acabar derogando 27 decretos reglamentarios y 360 de los artículos y quién fue el funcionario que tuvo el poder para imponer una norma sin haber podido con anterioridad revisarla e interpretarla para su posterior aplicación? Pero lejos de pensar que esto fue un capricho del legislador, todo se debió a los resultados de la Cumbre de las Américas puesto que Colombia asumió en ella varios compromisos en el TLC que nació a la vida jurídica el trece (13) de

¹⁶⁶ MEJIA Mejía, Alvaro y CIFUENTES Trujillo, Jhon Jaime. La Contratación del Estado a partir del año 2012. Editorial Dike. 2012. Pág. 35.

¹⁶⁷ PACHON Lucas, Carlos. Contratación Pública. Ediciones Nueva Jurídica. 2012. Pág. 36.

¹⁶⁸ GOMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 de 2012. Editorial Legis. 2012.

abril de 2012 y que conllevó a la introducción de normas para cumplir dichos compromisos¹⁶⁹.

El Decreto 734 de 2012 en el artículo 8.1.17 trata el tema de los tratados internacionales; Gómez Lee¹⁷⁰ señala que a primera vista asalta la duda de si ese artículo que remite a los tratados y da competencias al Ministerio de Comercio Exterior se debe compilarse en un reglamento o si por el contrario debía haberse hecho una ley que tratase específicamente el tema para que hubiera una correlación entre el derecho interno con las presupuestos de los tratados.

El decreto en vez de agilizar la contratación vino a perjudicar al estado, ya que el autor indica que Colombia con dicha norma iba a tener la contratación más ineficiente del cuatrenio, puesto que lo mismo sucedió con la expedición del Decreto 006 de 2008 y que a los pocos meses tuvo que ser derogado por la falta de efectividad del mismo, y esa ineficiencia se podría dar porque el Decreto 734 de 2012 repitió los errores de ilegalidad e inconstitucionalidad de la normatividad del 2008, además la numeración que trae el mismo está por fuera de la tradición de las normas en Colombia ya que emplearon numeración que es utilizada por Icontec en los trabajos de grado, es decir, que no tiene una numeración consecutiva sino en series para cada título del decreto¹⁷¹.

Volviendo al tema de la ilegalidad e inconstitucionalidad del decreto 734 de 2012 que plantea Gómez Lee, es necesario señalar que si bien es cierto éste es un decreto compilatorio de normas tal y como lo indicó en la parte de exposición de motivos, olvidando que en su momento la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 30 de la Ley 1150 de 2007 que trataba la compilación de las normas, indicando la Corte que dichos decretos compilatorios generaban inconvenientes al momento de hacer el control de constitucionalidad generando a su vez inseguridad jurídica, ya que no hay una definición sobre la autoridad judicial que tiene a cargo el control que por naturaleza corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Así mismo, el decreto puede afectar el ordenamiento constitucional y legal en cuanto a la creación de trámites vulnerando a su vez el artículo 6ºb y 84 de la Constitución Política en lo que se refiere al principio de legalidad en cuanto a las actuaciones de la administración y la creación de trámites adicionales, cuando ya la actividad ha sido reglamentada por el legislador, pero al parecer la lección no fue aprendida a pesar de las múltiples sentencias del Consejo de Estado en la materia, pero

¹⁶⁹ Ibídem Pág. X

¹⁷⁰ Ibídem Pág. X

¹⁷¹ GÓMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 de 2012. Editorial Legis. 2012. Pág. XI

aun así el decreto trae consigo la creación de trámites como la obligatoriedad de registrar el plan de adquisiciones cada año, obligatoriedad de manejar los recursos del anticipo en cuentas bancarias separadas, sin tener en cuenta además que el Estatuto Anticorrupción indica que en caso de crearse un nuevo trámite que afecte a la ciudadanía se debe elaborar un documento que justifique su creación, omitiéndose esos requisitos ya que en la exposición de motivos no se hace mención a dicha aprobación¹⁷².

Para terminar con lo expuesto por Gómez Lee¹⁷³, el decreto da lugar a la desconcentración de todos los actos y trámites contractuales en funcionarios de nivel asesor, en ningún aparte de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 se estipula dicha desconcentración, siendo estas disposiciones vulneradas por el decreto, ya que si es permitido trasladar dichas funciones a los funcionarios de nivel directivo o ejecutivo pero en ningún momento al nivel asesor.

Una vez expuestos los factores no tan favorables de la norma por parte de Gómez Lee, seguiré con los aspectos novedosos que de acuerdo a Colombia Compra Eficiente son primordiales para la aplicación del decreto... Para comenzar, uno de ellos que ya había sido tratado en el Decreto 2510 de 2010 es su nomenclatura, pero a su vez resulta ser confusa en razón a los siguientes aspectos:

- a) El número de dígitos y el tipo de disposición numerada por qué no hay un parámetro único para establecer la numeración de 2, 3, 4, 5 o inclusive 6 dígitos;
- b) El uso de parágrafos no es propio de la nomenclatura utilizada;
- c) Los parágrafos son utilizados indistintamente en las disposiciones con numeración de 3, 4 y 5 dígitos¹⁷⁴.

Así mismo señala la agencia que si bien es cierto un proceso de contratación tiene un procedimiento determinado, no es de recibo que si se hizo necesario realizar alguna modificación en alguno de los documentos publicados en la etapa de planeación, sea necesario al momento de publicar los pliegos definitivos, modificar y nuevamente publicar los estudios previos y documentos previos requeridos.

A continuación se enunciará cada uno de los aspectos más importantes de la reforma de acuerdo a Colombia Compra Eficiente, y se expondrá así mismo la opinión de la agencia, ya que como se comentó arriba, muy pocas son las referencias de los doctrinantes y de las altas cortes respecto a este decreto y más adelante se hará una breve mención de la estructura del mismo.

¹⁷² Ibídem Pág. XXIII - XXIV

¹⁷³ Ibídem Pág. XXVI

¹⁷⁴ Colombia Compra Eficiente. Documento de introducción al Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública". Pág. 4

Registro único de proponentes:

El Decreto propone que se utilice la Clasificación Industrial Internacional Uniforme CIIU en el registro único de proponentes para verificar las áreas de experiencia en las que un proveedor de bienes y servicios se desempeña, pero esta modalidad de clasificación no permite que se identifique claramente al proveedor, ya que lo que hace esta modalidad es indicar el sector más no permite diferenciar la clase de bien o servicio a proveer. Así mismo, restringe la participación de proponentes ya que permitía solo registrar una actividad principal y tres secundarias, siendo que generalmente los proveedores se desempeñan en varios sectores, solo los inscritos en el RUT, conllevando a que los interesados en un proceso modificasen el RUT y el RUP de acuerdo al proceso que se fueran a presentar, haciendo que proponentes que llevaban más de veinte años de experiencia, tuvieran que renovar su registro quedando por fuera del sistema de compras y contratación pública.

Finalmente la agencia expone, que dicha clasificación no era eficiente ya que no permitía al estado identificar y caracterizar el gasto público y que el decreto al no haber establecido una fecha determinante para la renovación del RUP, permitió que los proveedores compitieran con información de distintas vigencias fiscales, las entidades estatales tuvieran que tomar decisiones con información contable desactualizada y a su vez aportando un aspecto desfavorable para los proponentes y era que como había un límite de tiempo para acreditar experiencia, se desconocía experiencia de más de proponentes que tuvieran más de cinco años.

Desempate:

En este aspecto, la agencia señala que el decreto da lugar a la participación de Mipymes y empresas en las cuales haya empleados en condiciones de discapacidad cuando se presentan como oferentes plurales, siendo estas preferidas en caso de desempate, pero que viéndolo desde un punto de vista real y objetivo no se traduce en oportunidades de trabajo y mucho menos en la participación real en la ejecución de contratos y mucho menos una forma de conseguir experiencia.

Capacidad residual:

La fórmula que estableció el decreto 734 para calcular la capacidad residual resultó poner en desigualdad a los proponentes, porque excluía a la mayoría de la industria nacional; de allí que fuere necesaria la expedición del Decreto 1397 de 2012 para corregir dicha fórmula.

Concurso de Méritos:

La agencia señala que si bien es cierto el procedimiento de la propuesta técnica simplificada o detallada es diferente cuando la entidad estatal pone a disposición de los interesados la metodología del objeto de la consultoría, no es consistente con la función que debe cumplir el ejecutor, quien es responsable de la metodología, el plan y las cargas de la labor encomendada, cambiando de perspectiva el papel que cumple consultoría.

Así mismo se critica que se hubiera incluido los contratos de intermediarios de seguros dentro del concurso de méritos, ya que dichas actividades no están señaladas en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, caso en el cual la entidad es quien debe elegir que modalidad de selección utilizar al momento de realizar la mencionada contratación.

Inconsistencias frente a la creación de Colombia Compra Eficiente:

Una de las mayores críticas es que desconoce en muchos apartes de la norma a Colombia compra eficiente, siendo que la agencia fue creada primero mediante el Decreto 4170 de 2011, no permitiendo celebrar acuerdos marco de precios, además de establecer un administrador para el SECOP cuando el Decreto de creación de la agencia señala unas funciones determinadas.

Compromisos incluidos en acuerdos comerciales:

Finalmente la agencia señala que le indilga la obligación al Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores el certificar los acuerdos suscritos por Colombia, desconociendo que esos acuerdos son incluidos a través de las Leyes de la República y también deja de lado las condiciones mínimas que deben concluir los avisos de convocatoria que señalan los acuerdos comerciales¹⁷⁵.

Una vez expuestos los aciertos y desaciertos de del Decreto 734 de 2012, procederé a exponer los aspectos más importantes del mismo.

2.6.1. Ofrecimiento más favorable

En principio modifica por completo lo relacionado con el ofrecimiento más favorable de acuerdo a cada modalidad de contratación contenido en un inicio en la Ley 80 de 1993, artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 a su vez modificado por el Estatuto

¹⁷⁵ Colombia Compra Eficiente. Documento de introducción al Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública". Pág. 4-5

Anticorrupción en su artículo 88. Para comenzar es necesario señalar que para determinar cuál es el ofrecimiento más favorable para la entidad, la norma indica dependiendo de la modalidad que el componente económico es un factor determinante, por ejemplo en la selección de mínima cuantía o en la subasta inversa, pero no es primordial en las otras modalidades puesto que a su vez deben tener en cuenta factores de calidad, condiciones técnicas y a su vez económicas adicionales, etc. La Corte Constitucional¹⁷⁶ en relación a los factores objeto de la aceptación del objeto más favorable indica:

“Los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas buscan garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública y la eficacia y eficiencia de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que es válido que el legislador hubiere exigido a la administración la evaluación de la propuesta más ventajosa para el Estado. Sin embargo, ello no significa que esté constitucionalmente prohibido el diseño de formas jurídicas transitorias dirigidas a favorecer a grupos sociales tradicionalmente discriminados o a privilegiar sujetos de especial protección constitucional, puesto que el principio de igualdad material se impone a todas las autoridades (artículo 13 de la Constitución)”.

De allí que el legislador dentro de las modificaciones a la norma quisiera complementar los factores de selección de acuerdo a la modalidad empleada ya sea licitación, selección abreviada, concurso de méritos, etc.

2.6.2. Estructura de los estudios previos

Así mismo, este decreto introduce la obligación de indicar en los estudios previos que realiza la entidad, si el proceso de selección se encuentra cobijado por algún acuerdo comercial, ya que Colombia ha suscrito diversos acuerdos con organizaciones como la OMC (Organización Mundial de Comercio), la Comunidad Andina, Alianza del Pacífico, la Unión Europea, la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio, etc. De allí que si el proceso contractual está sujeto a determinado acuerdo, las dos partes tienen que sujetarse a los derechos y obligaciones contenidos en el acuerdo comercial. Estos acuerdos permiten que la economía del país circule de manera valiosa, generando oportunidades a la industria Colombiana en cuanto a importación se trata, puesto que dichos acuerdos son negociados en dólares.

Se estipula como obligatorio, que tanto estudios previos como demás documentos técnicos en los procesos de construcción y diseño deben ser puestos a disposición de los posibles oferentes, aquí observamos como el principio de transparencia y publicidad

¹⁷⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-932-07. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Noviembre 8 de 2007.

juega un papel preponderante en cuanto a contratación se refiere, ya que inicia una etapa en la que la publicación y acceso de toda la documentación en materia contractual se hace obligatoria para las entidades estatales tanto en el SECOP como el acceso físico a los documentos. Es por ello que el Decreto incluye en el artículo 2.2.5. Publicidad del procedimiento en el SECOP en su párrafo 5 lo siguiente:

“(…)

Parágrafo 1°. *La falta de publicación en el Secop de la información señalada en el presente artículo constituirá la vulneración de los deberes funcionales de los responsables, la que se apreciará por las autoridades competentes de conformidad con lo previsto en el Código Disciplinario Único.*

En todo caso la entidad será responsable de que la información publicada en el Secop sea coherente y fidedigna con la que reposa en el proceso contractual so pena de las responsabilidades a que hubiere lugar (...).¹⁷⁷

2.6.3. Audiencia de asignación de riesgos

Siguiendo con la inclusiones que hace el decreto, la Ley 1150 de 2007 era precisa en indicar que la determinación de los riesgos se debía indicar en los pliegos de condiciones y además realizar la audiencia para revisar la asignación de los mismos para los procesos de licitación pública, pero el Decreto 734 viene a impulsar dicha audiencia además para los procesos de selección abreviada y concurso de méritos, algo novedoso en ese sentido ya que generalmente la licitación es por excelencia la modalidad marco que contiene el procedimiento más detallado en materia contractual.

2.6.4. Adendas

Como el Decreto trata cada uno de los procedimientos en cada una de las modalidades contractuales, hubo modificaciones determinantes que se tratarán a grandes rasgos como son las adendas, que es un tema por delicado al momento de llevar un proceso contractual, ya que si no son expedidas en los tiempos correctos, la entidad puede verse inmersa en una serie de observaciones o inconvenientes ya sea por ser muy laxos o por simple descuido al no saber manejar los términos indicados; de allí que este decreto haga hincapié en que las mismas no pueden publicarse el mismo día del cierre del proceso, ni siquiera para prorrogar el cierre y a su vez en la licitación pública, deben ser expedidas y publicadas de las siete de la mañana a las siete de la noche.

¹⁷⁷ COLOMBIA. Decreto 734 de 2012. Diario Oficial 48.400. Abril 13 de 2012.

2.6.5. Nueva causal de rechazo de las propuestas

Un aspecto importante que la norma implementa es una nueva causal de rechazo de las propuestas, ya que por regla general las propuestas deben venir en sobre cerrado para ser abiertas al momento de cierre, y si la misma ha sido abierta antes del cierre del proceso, el mismo se declarará desierto, siendo obligación de la entidad estipular en el acta de cierre a publicarse en el SECOP las condiciones en las cuales es entregada cada una de las propuestas.

De otra parte, indica que en los casos en lo que haya surgido un único oferente habilitado la oferta presentada debía ajustarse al presupuesto oficial de la entidad y a su vez debía ajustar la oferta a un descuento menor, debiendo la entidad invitar al proponente a negociar y si la negociación fallase, generaría como consecuencia la declaratoria de desierto del proceso, eso sí sin que se realice la reclamación de la garantía de seriedad de la oferta.

Finalmente, enunciaré otras modificaciones realizadas por la norma que en su momento fueron de gran utilidad para la gestión de la contratación, a saber:

- A. En el caso del concurso de méritos, para la realización de la audiencia para la conformación de lista corta o multiusos, se deberá emplear el mismo procedimiento que se realiza para la audiencia de adjudicación de la licitación pública.
- B. En cuanto a la contratación directa de trabajos artísticos y que el mismo se vaya dar a una persona natural, previamente se tendrá que realizar un acto administrativo motivado en el que se justifique el porqué de dicha contratación.
- C. En cuanto a la contratación en periodo electoral, el decreto indica que si bien es cierto no se puede realizar contratación directa cuatro (4) meses antes de las elecciones, si podrán realizar modificaciones, adiciones y prorrogas de los contratos que la entidad haya venido ejecutando.

Como podemos observar cada norma que viene a modificar o reglamentar una ley o decreto que viene de atrás en materia contractual, quiere introducir desde mi punto de vista cambios que generen un mayor avance en cuanto a los procedimientos y actuaciones de los servidores públicos se refiere; de allí que al final de la exposición de estas normas señale mi postura en cuanto a la efectividad de las normas para combatir la corrupción.

2.7. Decreto 1510 de 2013

El Decreto 1510 de 2013, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”¹⁷⁸, busca que se mantenga en un solo instrumento la reglamentación al sistema de compras y contratación pública. Es un decreto que fue expedido por el Presidente de la República ejerciendo su potestad reglamentaria y por ello es un acto de la administración que como la Ley 80 de 1993, está sujeto al contenido de leyes generales y especiales que regulan la contratación pública¹⁷⁹.

Este decreto de acuerdo a lo señalado por Iván Darío Gómez Lee¹⁸⁰, viene a simplificar de forma notable el Decreto 734 de 2012 el cual en su momento fue considerado complejo y lo más importante, una norma que vulneró la seguridad y buenas prácticas jurídicas, de gobierno y la misma Constitución Política.

Siguiendo con el autor, el mismo indica que este decreto busca de cierta forma conjugar los objetivos de la contratación con los de Colombia Compra Eficiente, desarrollar asociaciones de entidades para que conjuntamente adquirieran bienes, obras y servicios, fortalecer la planeación con la regulación del plan anual de adquisiciones, reglamentar acuerdos marco de precios, asuntos internacionales y la cooperación.

2.7.1. Modificaciones relevantes de la norma

Si bien es cierto, el decreto sigue conservando el aspecto tradicionalista es decir que sigue con las modalidades de contratación ya planteadas, pero trae a su vez aspectos novedosos. Hay que tener en cuenta que se intentó en este decreto integrar normas del número de fuentes normativas, surgen conflictos entre unas y otras.¹⁸¹

Es aquí cuando se comienzan a ver los primeros albores del derecho blando, porque el decreto comenzó a regir a partir del 13 de agosto de 2013, permitió que se diera un periodo de transición para que las entidades públicas siguieran aplicando el decreto 734 de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013, dando la facultad a las entidades de seleccionar las normas a aplicar y luego publicar dicha decisión en el SECOP. Se menciona que se dan indicios del derecho blando porque la entidad decide el alcance de la reglamentación como menú, dándose una retrospectividad y ultractividad con fuente no en una ley sino en un reglamento.¹⁸²

¹⁷⁸ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Diario Oficial 48.854. Julio 17 de 2013.

¹⁷⁹ GÓMEZ Lee, Iván Darío El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. Editorial Legis 2014

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ GÓMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. Editorial Legis 2014

¹⁸² Ibid.

Finalmente, el autor indica que las entidades en la etapa de la planeación deben hacer un análisis profundo para identificar el sector en el cual se va a desarrollar el objeto de contratación, traduciéndose lo anterior en que los asesores de las entidades y operadores jurídicos van a demandar a la agencia un mayor acompañamiento y la generación de lineamientos para el fortalecimiento de la contratación.

En este sentido, se incorpora una serie de cambios importantes en este campo y que se pueden resumir en ocho puntos, los cuales son:

1. Se les obliga a las entidades estatales el elaborar un plan de adquisiciones anuales el cual se denominará Plan Anual de Adquisiciones, en la cual se incluirán bienes, obras y servicios que se busquen implementar en la entidad. De igual forma, se establece el cumplimiento el principio de publicidad, dado que las entidades estarán en la obligación de comunicar dicho plan a la comunidad interesada.
2. El Registro Único de Proponentes (RUP), deberá ser actualizado anualmente por quienes deseen participar en los procesos contractuales. En la información para actualizar se deberá incorporar (i) los bienes y servicios que ofrecen, (ii) certificar experiencia relacionada, (iii) capacidad jurídica, (iv) capacidad financiera y (v) capacidad organizacional. Se elimina también el sistema de catalogación a través de códigos CIU en el RUP.
3. En los procesos de contratación se reglamenta un plazo para la presentación de observaciones a los pliegos de condiciones, el cual es de 10 días hábiles para licitaciones, y 5 días hábiles para procesos de selección o concursos de méritos.
4. En el régimen de garantías, se establece que los contratistas deben asegurar el cumplimiento a través de tres modalidades: (i) póliza de cumplimiento, (ii) a través de la garantía del patrimonio autónomo, y (iii) por medio de una garantía bancaria. En la capacidad residual de contratación, todo oferente deberá presentar su K de contratación con: (i) lista de contratos en ejecución, (ii) lista de contratos en ejecución a través de sociedades, y (iii) estados financieros de los dos últimos años.
5. En relación con los Acuerdos Marco de Precios, este Decreto los define como aquellos contratos suscritos por uno o varios proveedores con Colombia Compra Eficiente. Estos acuerdos son obligatorios para las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional.
6. Para la aplicación de tratados de libre comercio (TLC), la entidad debe hacer un cronograma de procesos de acuerdo con el plan establecido en el TLC.

7. Este Decreto establece una serie de documentos estandarizados relacionados con:
 - a. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios.
 - b. Identificación y cobertura de riesgos
 - c. Determinación de capacidad residual
 - d. Plan anual de adquisiciones
 - e. El uso del sistema clasificador de bienes y servicios
 - f. Pliegos de condiciones y tipos de contratos.

Comenzaré indicando que este decreto a diferencia de las otras normas que regularon en su momento la contratación estatal, trae consigo el listado de los actores de la contratación pública y una serie de definiciones que se concatenan una a otra, permitiendo que el servidor público que este manejando la contratación en una entidad pública, aplique de la mejor manera la norma conociendo a su vez todos los términos y definiciones necesarios para un buen desarrollo del proceso, estos actores son: Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente, oferentes en los Procesos de Contratación los contratistas, los supervisores., los interventores y las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley.

Así mismo, señala la obligatoriedad de las entidades estatales de realizar anualmente el plan de adquisiciones denominado anteriormente el plan de compras y publicarlo en el SECOP; pero trae algo novedoso y es la indicación de la no obligatoriedad de adquirir las obras, bienes o servicios que indica el plan anual de adquisiciones. Pero es este punto donde surge la duda de porque entonces anualmente se debe hacer un plan de adquisiciones si no está la Entidad obligada a cumplirlo, así como revisar que pro y contras trae consigo su no aplicación.

2.7.2. El Registro Unico de Proponentes

Regula los aspectos relacionados con el RUP, indicando primero como lo hacía el derogado Decreto 734 que los sujetos actores de contratación debían estar inscritos en el RUP, pero esta nueva norma agrega que dicha inscripción deba ser renovada a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año o de lo contrario cesarían los efectos de este registro, así mismo explica a los posibles oferentes cuales son los documentos y demás información que debe allegar para realizar la inscripción en Cámara y Comercio. Algo fundamental que resalta la norma es que la Cámara y Comercio debe verificar y certificar los requisitos habilitantes que las entidades públicas emplearan en los procesos contractuales para habilitar a los proponentes.

2.7.3. Análisis del sector

Cada entidad estatal acorde a su plan de adquisiciones y el proceso a desarrollar, debe elaborar el análisis del sector económico y de los oferentes, este análisis debe desarrollarse dentro de la etapa de planeación, en este documento se puede analizar el comportamiento del mercado en cuanto al objeto a contratar desde el punto de vista legal, financiero y comercial. Este análisis sirve como base para que las entidades exijan dentro de los pliegos de condiciones los requisitos habilitantes que indica este decreto, teniendo en cuenta:

- (a) el Riesgo del Proceso de Contratación;*
- (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación;*
- (c) el análisis del sector económico respectivo; y*
- (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.*

La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes¹⁸³.

Por otro lado, algo que se había mencionado al inicio de esta norma fue que la contratación tenía que ir de la mano con los objetivos de la contratación pública, así es como se traduce en este caso la evaluación del riesgo, ya que la norma señala que para poder realizar dicho procedimiento, se deberá tener en cuenta los manuales y guías que expida Colombia Compra Eficiente, pero para las entidades no son obligatorios ni ninguna norma lo ha indicado, por lo tanto dichos documentos no tienen fuerza vinculante, pero en la práctica las entidades los siguen al pie de la letra teniendo en cuenta que Colombia Compra eficiente no deja nada por fuera de la esfera en materia contractual.

2.7.4. Publicación

Además, el decreto 1510 hace nuevamente énfasis al principio de publicidad que tanto he mencionado a lo largo de este trabajo, siendo obligatorio para las entidades publicar todos los documentos y actos administrativos que se produzcan a lo largo del proceso contractual, de allí que indique que dicha publicación se debe hacer dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición, haciendo la salvedad que los avisos de convocatoria, las invitaciones de mínima cuantía y los proyectos de pliegos deben ser publicados por la entidad de forma oportuna sin perder de vista lo que señala el mismo decreto en el artículo 23 en donde introduce unos plazos a su vez para presentación de observaciones, situación que antes no estaba delimitada. El artículo indicaba:

¹⁸³ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Artículo 16. Diario Oficial 48.854. Julio 17 de 2013.

“Artículo 23. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos”.¹⁸⁴

Aquí observamos como la norma se hace más estricta en cuanto a términos de publicación y demás se refiere, puesto que en la práctica las entidades realizan muchas veces la publicación de algunos no todos los documentos de forma tardía o incompleta, sin tener en cuenta las consecuencias que genera.

Así mismo, el decreto indica que requisitos debe contener el aviso de convocatoria, los estudio previos, los pliegos de condiciones y el acto administrativo de apertura, indicando a su vez que los pliegos y el cronograma del proceso puede ser modificado mediante adenda antes del vencimiento para presentar ofertas y antes de la adjudicación del contrato, eso sí a más tardar el día hábil anterior al cierre, pero en la licitación pública con tres días de anterioridad; esto no estaba contemplado en el decreto 734 de 2012.

Por otro lado, el Decreto 1510 de 2013 vino a modificar las causales de desempate en los procesos, facilitando ampliamente la participación y selección de Mipymes, estableciendo a su vez unas reglas específicas en los casos es que en un consorcio o unión temporal participe una Mipymes.

En cuanto a contratos de obra, hace mención a la capacidad residual, ya que la norma indica que para que un proponente pudiera acreditar su capacidad residual era necesario que aportara el listado de contratos que hubiera suscrito con entidades estatales o privadas para ejecutar obras civiles, también un listado de contratos que se estuvieren ejecutando suscritos por uniones temporales, consorcios o sociedades en los cuales el proponente haya participado; además los estados financieros de los dos (2) últimos años, trayendo este decreto la novedad de que la capacidad residual no solo se debe calcular con la experiencia obtenida con entidades estatales sino también con entidades de carácter privado. Eso sí para dicho cálculo deben aplicar las fórmulas que indique Colombia Compra Eficiente, toda vez que como se indicó al principio, la finalidad del decreto es afianzar los objetivos de las contratación con los de la agencia.

2.7.5. Acuerdos marco de precios

¹⁸⁴ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Artículo 23. Diario Oficial 48.854. Julio 17 de 2013.

Un aspecto que resulta interesante, es que la misma enfatiza lo relacionado con los acuerdos marco de precios, siendo obligatorio realizarlos para las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, siendo facultativo para las entidades territoriales u organismos independientes, entidades de la rama judicial y legislativa su aplicación, en el entendido de que dichos acuerdos son contratos que suscriben las entidades con proveedores inscritos en Colombia Compra Eficiente para la provisión de bienes y servicios de características técnicas uniformes.

Para que las entidades puedan dar viabilidad al acuerdo marco, Colombia Compra debe publicar el catálogo de acuerdos marco con el fin de que las entidades puedan verificar en su etapa de planeación si efectivamente hay un acuerdo mediante el cual puedan satisfacer la necesidad requerida. Eso si la norma es clara en indicar que Colombia Compra Eficiente deberá establecer el procedimiento de licitación a seguir y posteriormente celebrar el acuerdo marco y así mismo dicha entidad debía expedir los manuales que reglamentasen los acuerdo marco.

2.7.6. Acuerdos comerciales y trato nacional

Finalmente, el decreto hace referencia a los acuerdos comerciales y al trato nacional, estableciendo que los procesos de contratación que estén sujetos a acuerdos comerciales, deberán hacer el cronograma del proceso teniendo en cuenta los plazos señalados en dichos acuerdos y a su vez si el proceso de contratación está sujeto a varios acuerdos comerciales, la entidad deberá tomar las medidas que sean necesarias para cumplir con los compromisos adquiridos en los acuerdos comerciales en cuanto a plazos y objetivos.

Si bien es cierto el Decreto 734 de 2012 mencionaba lo correspondiente al trato nacional, el Decreto 1082 hace énfasis en indicar a los actores a los cuales se les debe dar este trato, tal y como se indica a continuación:

“(...) (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales;

(b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y

*(c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia. (...)*¹⁸⁵

Así como menciona cuales son los actores a conceder el trato nacional, especifica además una serie de condiciones y requisitos para que se pueda dar el trato nacional, siendo innovador uno de ellos el pertenecer a la Comunidad Andina.

Para terminar, es necesario indicar que consideró Colombia Compra Eficiente como acierto y desaciertos con la expedición del decreto, así como se hizo en el anterior decreto 734 de 2012.

La agencia considera que el decreto 1510 fue un acierto en sentido de que tiene un lenguaje claro y preciso y que además su numeración sigue los lineamientos planteados en el Decreto 1345 de 2010 en el cual el gobierno establece las directrices de técnica normativa y a su vez estandariza en un solo documento el plan general de compras, el plan de compras y el plan anual de adquisiciones además de implementar herramientas con propósitos similares.¹⁸⁶

Así mismo, indica como un acierto el que Colombia Compra Eficiente teniendo en cuenta las recomendaciones del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, cambiara el método de codificación de bienes y servicios y por ello adoptó el Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas UNSPSC, permitiendo que se diera mayor claridad ya que el anterior CIU permitía la clasificación de sectores económicos y el UNSPSC permite la clasificación específicamente de los bienes y servicios. Es decir, que facilita que el proveedor inscriba en el RUP todos los bienes y servicios que quiera ofrecer a las entidades estatales.

Además, el decreto 1510 trae consigo tres índices financieros que deben cumplir los proponentes de acuerdo al objeto contractual, su plazo y valor, estos índices son liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses. Pero a su vez están los indicadores de capacidad organizacional que demuestran que una empresa del sector privado es rentable, esto se mide teniendo en cuenta su patrimonio y sus activos; los indicadores son rentabilidad sobre el patrimonio y rentabilidad sobre el activo.

¹⁸⁵ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Diario Oficial 48.854. Julio 17 de 2013.

¹⁸⁶ Documento de introducción al Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública". Colombia Compra Eficiente. Pág. 6

La agencia señala que el Decreto 1510 no diferencia entre mype y Mipymes tan y como lo señalaba el Decreto 734 de 2012; pues lo que hace este decreto es que no hace esa distinción, sino que establece las convocatorias limitadas a Mipyme en modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando el valor del proceso contractual es menor a 125 mil dólares y la Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos 3 Mipyme nacionales para limitar la convocatoria.¹⁸⁷

2.8. Decreto 1082 de 2015

Como he señalado en normas anteriores, pocos autores y la jurisprudencia han tratado específicamente esta norma, es por ello que en este caso trataremos lo expuesto por un autor en particular como se verá a continuación.

Las entidades estatales tendrán que seguir con el contenido material del Decreto 1510 de 2013 en el decreto reglamentario 1082 de 2015, la única diferencia está en la numeración que confusa. Este decreto está sujeto como el anterior a otras normas generales y especiales que regulan la materia y a su vez a la Constitución Política.¹⁸⁸

Si bien es cierto la norma al parecer solo es aplicable al sector de planeación, recoge todo lo expuesto en el Decreto 1510 de 2013, pero ajusta los textos que estaban sujetos a suspensiones provisionales del Consejo de Estado, quien también realiza el control judicial a este decreto. Además viene a reproducir el 1510 de 2013 que había simplificado notablemente el decreto 734 de 2012 que había sido sujeto de grandes críticas por vulnerar la seguridad jurídica, las buenas prácticas y la constitución política. Se suponía que con la expedición de la mencionada 1510 se había dejado atrás una serie de errores que habían afectado la contratación, siendo la expedición del 1082 de 2015 un retroceso, ya que si lo que buscaban era unificar por completo la normatividad en materia de contratación pública, dejaron por fuera una serie de decretos importantes como son los de austeridad en la contratación.¹⁸⁹

Además, el autor indica que no se tuvo en cuenta el indicar el monto límite de los honorarios para los contratos de prestación de servicios como lo indica el Decreto 2785 de 2011 y a su vez no derogaron normas que perdieron su fuerza ejecutoria como son

¹⁸⁷ Documento de introducción al Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. Colombia Compra Eficiente. Pág. 12

¹⁸⁸ GÓMEZ Lee, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios a los reglamentos Nuevo Decreto 1082 de 2015. Editorial Legis 2015

¹⁸⁹ Ibid.

el Decreto 3512 de 2003 que reglamentaba la ley 598 de 2000 que trataba sobre el SICE y el Decreto 1477 de 1995 que reglamentó la ley 190 de 1995 que indicaba lo relacionado con la publicación de la contratación en el Diario Único de Contratación Pública.¹⁹⁰

2.8.1. Aclaraciones del Decreto

Entre las aclaraciones del Decreto, se encuentra que:

- La cabeza del sector es el DNP, y sus objetivos fundamentales son “la coordinación y diseño de políticas públicas y del presupuesto de los recursos de inversión; la articulación entre la planeación de las entidades del Gobierno Nacional y los demás niveles de gobierno; la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los estudios, planes, programas, y proyectos para avanzar en el desarrollo económico, social, institucional y ambiental, y promover la convergencia regional del país.”¹⁹¹
- El sector descentralizado tiene las siguientes entidades adscritas:
 - Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente)
 - Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
 - Fondo Nacional de Regalías
- Dentro de las entidades vinculadas se encuentra el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo.

En cuanto a las reglamentaciones en la contratación estatal, se establecen unos conceptos básicos para el sistema de compras y contratación pública. Entre ellos, se menciona que los objetivos del decreto apuntan a que las Entidades Estatales deben procurar el logro de los objetivos del sistema compras y contratación pública definidos por Colombia Compra Eficiente. Asimismo, tipifica a los partícipes de la contratación pública. Ellos son:

1. *Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.*
2. *Colombia Compra Eficiente.*
3. *Los oferentes en los Procesos Contratación.*
4. *Los contratistas.*
5. *Los supervisores.*
6. *Los interventores.*

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ COLOMBIA. Decreto 1082 de 2015. Artículo 1111. Diario Oficial 49.523. Mayo 26 de 2015.

7. *Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen su participación en los términos de la Constitución Política y la ley.*¹⁹²

De igual forma el artículo 2.2.1.1.1.3.1 establece una serie de definiciones relacionadas con el tema de la contratación, tal y como lo observamos en el Decreto 1510 de 2013, por así decirlo esta norma es la casi una copia auténtica del 1510 pero con una numeración un poco más confusa, pero en esencia sigue siendo la misma, lo único que hizo el legislador fue actualizar las concordancias y notas de vigencia.

Una vez finalizado el recuento de las normas más relevantes en materia de contratación pública, se puede observar que el legislador ha hecho lo posible por estar a la vanguardia en materia contractual y su vez escuchando tomando muy en serio lo que señalan las Organizaciones Internacionales como el OCDE con el fin de estar al tanto de la evolución mundial.

Al observar cada una de las normas, a mi parecer es necesario retomar lo indicado en el primer capítulo, en el sentido de que si bien es cierto la norma puede tener vacíos en algunos aspectos, el problema está en el servidor público que yendo en contravía de la ética y la moral, buscan un beneficio extra posicional ya sea en dinero o en especie, violando por completo los principios de la contratación. Tal es la avaricia de obtener poder y reconocimiento, que el servidor público emplea toda clase de artimañas para lograr su cometido con tal de que un proceso sea adjudicado a la persona que él con anterioridad a elegido como adjudicatario, estas situaciones son visibles en la etapa de planeación, ya que se le da más importancia a planificar como se puede amañar un pliego de condiciones y no como planear la construcción de una obra por ejemplo, llegando a niveles inalcanzables que generan que se desvirtúe por completo la legitimación del estado.

En el caso de la corrupción en la contratación, se pueden desplegar diversas conductas por parte del servidor público que han sido determinantes en los fallos del Consejo de Estado en sus diferentes sentencias, entre ellas tenemos:

1. Omisión de la modalidad de contratación.
2. Fraccionamiento de contrato.
3. Pliegos direccionados a favorecimiento a terceros.
4. Solicitud de dadas a favor de terceros.
5. Favorecimiento a terceros.
6. Apertura de proceso sin el lleno de requisitos legales.
7. Omisión de las etapas del proceso contractual.

¹⁹² COLOMBIA. Decreto 1082 de 2015. Art. 2.2.1.1.1.2.2.1. Diario Oficial 49.523. Mayo 26 de 2015.

8. Adjudicación del contrato sin el lleno de requisitos legales.

He aquí donde se observa que puede haber la normatividad más extensa y completa, pero de alguna u otra forma el funcionario se las arregla para ir más allá de la norma y con su ingenio y con ayuda de personas inescrupulosas, logra el cometido deseado obteniendo dadas o beneficios extra posicionales. De allí que el Estatuto Anticorrupción haya surgido por la imperiosa necesidad de contrarrestar la mala conducta de los funcionarios que atentan día a día contra la buena fe de los ciudadanos dejando por el piso los principios de la contratación y el porqué del Código Penal al asignar específicamente un capítulo a delitos contra la Administración Pública, que van de la mano con las conductas anteriormente mencionadas.

Entonces vemos, a pesar de que el legislador se ha encargado de blindar la contratación estatal desde los diferentes frentes, no es tan fácil por así decirlo su asimilación por parte de los servidores públicos, o más bien no quieren entender las consecuencias que generan sus conductas no solo a la Administración y su patrimonio sino el daño que se hacen a ellos mismos puesto que las penas impuestas son de alto talante, conllevando desde la inhabilitación del cargo hasta en materia penal prisión y multa, pero a veces por la falta de información por parte de las entidades a los entes de control sobre los casos de corrupción que se dan en las entidades, quedan impunes muchas situaciones que afectan a todo un país.

CAPÍTULO 3 LA REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIÓN. ¿EL ANTÍDOTO PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN DE FORMA DEFINITIVA E INMEDIATA?

Las reformas en la contratación pública han sido diversas y se pudiese llegar a pensar que las mismas pueden generar inseguridad jurídica en un caso dado, pero la finalidad del legislador es modificar la norma al ritmo de los avances del Estado y a su vez de la audacia de los servidores públicos; ya que como más adelante mostraré, organizaciones internacionales como la OCDE han realizado un estudio a nivel Colombia en diversos aspectos pero que para el caso que nos ocupa me centraré en el de la contratación y veremos como de acuerdo a las instrucciones dadas por dicha organización, Colombia ha estado a la vanguardia en cuanto a evolución en la contratación se trata y con el estudio que se expondrá a continuación se verá que a la Agencia de Contratación Pública creada a través del Decreto 4170 del tres (3) de noviembre de 2011 se le dará mayor preponderancia para que se logren los objetivos propuestos luego de que se han identificado los desafíos que se tienen en nuestro país.

Para desarrollar este capítulo es necesario hacer mención a los estudios sobre gobernanza pública de la OCDE que en este caso de denomina "*Colombia la implementación del buen Gobierno*"¹⁹³, donde indica cuales son las debilidades y cuáles son los aspectos que deben fortalecerse tanto en la normatividad como en los procedimientos de las diferentes entidades públicas, para así combatir la corrupción de manera oportuna y eficiente.

Antes de comenzar esbozaré de forma rápida algunas conclusiones que tiene la OCDE en relación a la contratación, por ejemplo el estudio indica que la contratación es uno de los focos más vulnerables para que se presenten situaciones de ineficiencia, fraude y corrupción, siendo más propensas a ello los procesos de obra pública y que cuando más difícil o disminuida es la inversión de las entidades, es mucho más difícil controlar la contratación. Por ello es que aconsejan tener en cuenta los Principios para realzar la Integridad en la Contratación Pública es decir OECD Principles for Enchancing Integrity in Public Procurement y los Principios de la OCDE para combatir la manipulación de las Licitaciones en la Contratación Pública OECD Principles for Fighting Bid Rigging in Public Procurement). Situación que puede que conlleva a que se desarrollen buenas prácticas de cooperación con empresas y sectores sin ánimo de lucro que permitan retroalimentar para desarrollar estándares de contratación y su posterior aplicación y a su vez garantizar que se van a dar unas consecuencias en caso de incumplimiento.¹⁹⁴

¹⁹³ OCDE (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>.

¹⁹⁴ *Ibidem*

Continuando con lo expuesto por la OCDE en su estudio, el mismo indica que las debilidades que presente Colombia en materia de contratación, no está en el marco normativo sino la manera en que está organizada y la forma en que se opera en el gobierno además de la integridad y transparencia del sistema, además de que los servidores públicos que están encargados del tema contractual tienen la tendencia a ser menos especializados, viendo el Estado la contratación como una función administrativa.

Así mismo consideran que si bien es cierto hay un buen marco normativo, el mismo es complejo y los servidores públicos que manejan la contratación en las diferentes entidades del Estado enfocan la contratación basados en cumplimiento direccionándose hacia el proceso y no a los resultados, complicando a su vez que pequeñas y medianas empresas.

De lo anterior, que con la creación de Colombia compra se esté en la búsqueda de simplificar las normas que regulan la contratación, dando forma a la nueva reforma del Decreto 1082 del veintiséis (26) de mayo de 2015, pero consolidando reglas sobre principios y objetivos, procedimientos, ejecución, etc. en la contratación, es decir como lo señala el proyecto del decreto es aportar un *“un marco regulatorio coherente, conciso y fácil de entender e implementar”*.

Pero para lo anterior, la OCDE considera que el Gobierno se debe centrar en tres (3) aspectos fundamentales para tener en cuenta en la reforma:

1. *Optimizar la organización, operación y capacidad de la nueva agencia central de contratación del gobierno, Colombia Compra Eficiente (Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente), establecida en 2012;*
2. *Aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías para fomentar la transparencia y garantizar un enfoque basado en evidencias para las reformas a la contratación, en particular a través de la plataforma electrónica de contratación;*
3. *Lograr mejoras en la eficiencia en los diferentes niveles del gobierno, en particular a través de acuerdos marco¹ recientemente asignados bajo la responsabilidad de Colombia Compra Eficiente y regulados por un nuevo decreto a ser adoptado en 2013.*¹⁹⁵

¹⁹⁵ OCDE (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>. Pág. 411

Finalmente, para comenzar a desarrollar este capítulo que se enfocará en la nueva reforma del marco normativo contractual, indicaré cuales son para la OCDE los desafíos y las acciones¹⁹⁶ que ellos proponen para mitigarlas.

| DESAFÍO CLAVE | ACCIONES A CORTO PLAZO | ACCIONES A LARGO PLAZO | VINCULO CON LA AGENDA DE REFORMA DE LA GOBERNANZA PUBLICA |
|---|---|--|--|
| Establecer el papel de Colombia Compra Eficiente como centro de capacidad, pericia y experiencia en la contratación. | Emisión de una campaña de concientización sobre los servicios de Colombia Compra eficiente. | Organización de capacitaciones por parte de Colombia Compra Eficiente para otros funcionarios de contratación. | Coordinar la acción del gobierno central en el área de contratación. |
| Atender las disparidades en la contratación entre el nivel central y los niveles subcentrales y entre niveles subcentrales. | Proveer un servicio de ayuda y herramientas prácticas sobre cómo usar los acuerdos marco. | Armonizar prácticas y procedimientos de contratación. | Mejorar la gobernanza multinivel a través de orientación a las autoridades subcentrales. Aumentar el logro de los objetivos de las políticas del gobierno. |
| Profesionalizar la fuerza de trabajo de contratación. | Crear cargos específicos de contratación con habilidades claras y rutas de carrera para Colombia Compra Eficiente. Capacitar a funcionarios de contratación. | Desarrollar una estrategia comercial para Colombia Compra Eficiente, con servicio al cliente dedicado. | Desarrollar la gestión de recursos humanos y vincular la fuerza de trabajo con los objetivos de las políticas a mediano y largo plazo. |
| Mejorar la plataforma electrónica de contratación. | Poner en marcha las características de licitación electrónica de la nueva plataforma electrónica de contratación. Capacitar a funcionarios públicos y proveedores en las características y el potencial de la plataforma electrónica de contratación. | Introducir características de administración de contratos (procedimientos de pago electrónico y de cierre) en la plataforma electrónica de contratación. | Aumentar la adopción de los objetivos del gobierno en línea. |
| Mejorar las características de inteligencia de negocios de la plataforma electrónica. | Recolectar datos de participación en la contratación y de adjudicación, y hacer análisis estadísticos con base en los mismos. | Desarrollar políticas nacionales para mejorar los procedimientos de contratación o buscar objetivos secundarios (verdes/otros) con base en la evidencia recolectada. | Definición de políticas con base en evidencias. |
| Estandarizar el rango, calidad y precio de productos y servicios | Desarrollar especificaciones para acuerdos marco con base en análisis adecuados de | Garantizar el diálogo regular con proveedores potenciales para hacerle | Calidad del servicio público, obtener eficiencia. |

¹⁹⁶ OCDE (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>, pág. 412

| | | | |
|-------------------------|--|---|--|
| comúnmente contratados. | necesidades e investigación de mercados. | seguimiento al desarrollo de los mercados en una base de datos. | |
|-------------------------|--|---|--|

Como podemos observar, diversos desafíos se han encontrado luego de que se hizo un análisis profundo a la contratación a nivel Colombia, es por ellos que Colombia Compra Eficiente se ha propuesto a su vez hacer la reforma de la norma arriba mencionada y así tomar las medidas correctivas pertinentes para que la contratación fluya y ante todo se logró en gran medida disminuir la corrupción que tanto ha aumentado con el pasar de los días, teniendo en cuenta las artimañas que tiene el servidor público para controlarla a su acomodo.

2.9. ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA A LA NORMA DE CONTRATACIÓN

En el punto hare un breve exposición de los aspectos más relevantes a tratar en la reforma y luego se continuará con los temas claves a implementar para que la misma sea posible. Tal y como lo indica la exposición de motivos del proyecto de la reforma, lo que se busca es derogar por completo toda la normativa que hay en materia contractual con el fin de dejar un solo cuerpo normativo que regule la materia, teniendo en cuenta que la normatividad actual es dispersa y por ello buscan con la reforma actualizar y simplificar las normas del Sistema de Compra Pública fortaleciendo herramientas que vienen del derecho blando como veremos a continuación. Además, de acuerdo a Colombia Compra, lo que se busca es agregar a la norma colombiana las mejores prácticas internacionales, pudiendo ser utilizadas constantemente por el Sistema de Compra Pública en la medida en que se vayan generando. De allí, que los aspectos a tratar de acuerdo a lo indicado en los motivos del proyecto son:

- “a. Principios orientados a obtener valor por dinero en el Sistema de Compra Pública.*
- b. Campo de aplicación del proyecto.*
- c. Aplicación de las normas del derecho privado en el Sistema de Compra Pública.*
- d. Riesgos del Contrato.*
- e. Facultades especiales de las Entidades Públicas.*
- f. Función Administrativa.*
- g. Prohibiciones y conflicto de intereses.*
- h. Directorio de proveedores.*
- i. Del contrato.*
- j. Límites a la modificación del contrato.*
- k. Garantías.*

- l. Modalidades de selección de contratistas.*
- m. Ofertas y sus evaluaciones.*
- n. Etapas del proceso de contratación.*
- o. Tribunal de solución de controversias.*
- p. Solución de conflictos.*
- q. Normas relativas al ente rector del Sistema de Compra Pública.*
- r. Disposiciones finales.”¹⁹⁷*

La exposición de motivos indica que para poder realizar modificaciones a todos los aspectos mencionados se requiere que se haga un uso adecuado de la información y las comunicaciones, tener conciencia sobre el valor de esa información y de toma de decisiones informadas, el deber de tener compradores públicos idóneos, tener la necesidad de tener principios claros y procedimientos simples que correspondan a la lógica del mercado con el fin de crear un ambiente para que el comprador cumpla su función.¹⁹⁸

A continuación se expondrá brevemente que tema puntual tratará la reforma en relación a los aspectos enunciados arriba:

a. Principios orientados a tener valor por dinero en el Sistema de Compra Pública.

Este aspecto se enfoca en que todas las decisiones públicas deben ser tomadas teniendo en cuenta los principios eficiencia, eficacia y economía, enfocándolos a optimizar los recursos así como con el manejo y administración del riesgo, calidad, sostenibilidad, oportunidad y ciclo de vida de los recursos, siendo importante ese concepto de valor por dinero para evaluar las actividades de las entidades públicas.

El proyecto de reforma lo que busca es ampliar los principios indicados en la ley 80 de 1993, con el fin de ir a la vanguardia de la compra pública a nivel mundial, el concepto del valor por dinero, la normativa internacional y las recomendaciones de la OCDE. Es decir que los principios que vienen a regir este nuevo estatuto serían: Planeación, responsabilidad y rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, economía, sostenibilidad e innovación, competencia, igualdad e integridad y transparencia. Estos principios serán más adelante tratados en otro apartado.

b. Campo de aplicación del proyecto.

¹⁹⁷ Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pág. 4

Esta norma va dirigida a todas las entidades estatales, pero hay algunos negocios jurídicos que no contempla, pero que aun así le son aplicables los principios pero no los procedimientos, estos son:

1. *“Actividades que no son compra pública como: (a) las relaciones de servicio de los servidores públicos, empleados públicos y demás contratos regulados por la legislación laboral; (b) operaciones de crédito público; (c) los contratos de concesión y licencias sobre recursos naturales renovables y no renovables (concesiones mineras y petroleras, aprovechamientos forestales, concesiones de aguas, entre otros) y sobre el espectro electromagnético; (d) la enajenación de acciones, de bienes muebles e inmuebles; (e) el otorgamiento de subsidios y apoyos económicos; y (f) los acuerdos suscritos entre Entidades Estatales para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o prestar de forma conjunta servicios a su cargo.*
2. *El proceso de abastecimiento de seguridad, defensa e inteligencia que deba ejecutarse con cargo a gastos reservados.*
3. *Procesos de abastecimiento para satisfacer las necesidades de Entidades Estatales que están en situación de competencia en el mercado.*
4. *Los procesos de compra con cargo a recursos de crédito de los organismos multilaterales, los cuales están sujetos a las normas que expresamente acuerden las partes de la operación de crédito.*
5. *Los acuerdos y contratos suscritos con personas de derecho internacional público y los que deban celebrarse en virtud de tales contratos con un procedimiento específico definido en tales contratos.*
6. *Los celebrados con organismos multilaterales de crédito y organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional financiados por tales organismos en más de un 50%, sin perjuicio de lo pactado en los tratados internacionales.*
7. *Los celebrados por las embajadas, consulados, oficinas comerciales y de representación de las Entidades Estatales en el exterior y que deban ejecutarse en el exterior.*
8. *Los convenios interadministrativos en los cuales dos o más Entidades Estatales se asocian para cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo, no constituyen compra pública porque no obedecen a una decisión de gasto público para la entrega de bienes, obras o servicios.*
9. *Los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales”.*¹⁹⁹

De acuerdo a lo expuesto, la reforma pretende dar un nuevo enfoque a actividades que hasta este momento han consideradas compra pública y que son manejadas bajo el procedimiento del Decreto 1082 de 2015, además de otras normas accesorias.

¹⁹⁹ Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016. Pág. 7-8

c. Aplicación de las normas del derecho privado en el Sistema de Compra Pública.

En este punto la exposición de motivos establece una serie de diferencias entre el sector público y el sector privado entre ellas y una de las más importantes es que el objetivo del sector privado es obtener una rentabilidad determinada para los accionistas, para el sector público lo que importa es cumplir con la misión que tiene cada entidad estatal y es satisfacer las necesidades de los ciudadanos para así mejorar su calidad de vida. Es por ello que el Sistema de Compra Pública está para que las entidades estatales cumplan con su misión de entregar bienes, obras y servicios para la ciudadanía.

De allí que para esta reforma se tenga en cuenta la autonomía de la voluntad y el interés público, estableciendo en dicho proyecto que las normas de derecho civil y derecho comercial se pueden aplicar en el Sistema de Compra Pública, a excepción de las que señale la ley y los acuerdos comerciales.

d. Riesgos del contrato.

En este apartado, el proyecto de reforma lo que busca es que la entidad tipifique, identifique, analice, evalúe y asigne los riesgos en la etapa de planeación de abastecimiento, viéndose esto reflejado en el contrato al momento de establecer cuál va a ser la forma de gestionar el riesgo, ya sea con la ascensión o cobertura del mismo.

Además indica que en el caso en el que se den riesgos no previstos o imprevisibles que hacen que sean supremamente costosas, las partes pueden utilizar las disposiciones del contrato por cláusulas de estabilidad MAC que consiste en una cláusula de cambios materiales adversos, pero que si no llegase a funcionar, la persona que resulte afectada debe asistir al juez para analizar el tema de contraprestaciones mutuas o en su defecto la terminación del contrato.

Aquí es cuando Colombia Compra Eficiente empieza a hacer mención al derecho blando del cual más adelante haremos una breve exposición, indicando esta entidad, que esta clase de derecho es la mejor opción para tratar temas relacionados con los riesgos para así establecer cláusulas que permitan el manejo de esos riesgos en proyectos de mediano y largo plazo y que por su alto presupuesto están más expuestos a los riesgos.

e. Facultades especiales de las Entidades Estatales.

Esta clase de facultades especiales no se refieren a las cláusulas excepcionales que generalmente hacen parte del contrato estatal, sino por el contrario son facultades especiales que tienen las entidades estatales en los contratos de obra, concesión y explotación de bienes del estado, la prestación de un servicio público o cuando el objeto requiere de la conformación de un monopolio estatal para que no se detenga un proyecto o porque se presente una situación de orden público o finalmente porque se vaya a dar la nulidad de un contrato.

Es por ello, que la reforma viene a establecer que solamente en los contratos que deben ir inmersas las facultades especiales son los obra pero no de remodelación ni adecuación de instalaciones, la concesión y explotación de bienes del estado, la prestación de un servicios público o cuando por el objeto contractual se requiera de conformación de un monopolio establecido por la ley.

f. Función administrativa

Como bien sabemos y ya lo vimos en este capítulo, las entidades estatales tienen como objetivo satisfacer las necesidades de la ciudadanía a través de obras, bienes o servicios, es decir que tienen funciones de abastecimiento y a veces al ejercer funciones especiales se habla de prerrogativa pública. De allí que el proyecto establezca como regla general, que las diferentes actuaciones del estado no son función administrativa a excepción de cuando las realizan por las ya mencionadas facultades especiales. El proyecto aclara que en las modalidades de selección, la entidad estatal ejerce función administrativa cuando expide un acto administrativo para declarar la prohibición para un oferente por el hecho de presentar en un mismo proceso varias ofertas o haberle hecho asociado con familiares o empresas que tengan relación directa.

g. Prohibiciones y conflicto de intereses.

Si bien es cierto en los diferentes países hay conflicto de intereses desde el punto de vista descriptivo y prescriptivo; de acuerdo al estudio de la OCDE en sus países miembros se presentan estas dos clasificaciones. Por un lado el conflicto de intereses descriptivo indica dicho conflicto generalizado y relacionado con el servidor público, con la finalidad de que la regla general y los ejemplos guíen a los servidores públicos para que no caigan en conflicto de intereses alguno y el por otro lado está el prescriptivo, que es la que requiere necesariamente que la descripción de esa situación determinada que se consideran incompatibles para el funcionario público o las que generen conflicto de intereses entre el interés general con los deberes del servidor, para lo cual está basada en reglas explícitas y casuística.

En este caso, Colombia se enfoca en la aproximación prescriptiva pero en las inhabilidades e incompatibilidades para poder participar en el Sistema de Compra Pública, es decir que solo en esta norma recogerá todas las inhabilidades e incompatibilidades que están en toda la serie de normas colombianas y que son llamadas prohibiciones, reduciendo el ámbito de aplicación indicado el estatuto anticorrupción en cuanto a las propuestas en el sector de la infraestructura de transporte.

Este proyecto plantea excepciones al régimen de prohibiciones que por la naturaleza y la forma de abastecimiento y que la relación de las personas de la entidad estatal y del proveedor no afecten la objetividad de tomar la decisión en relación al gasto público.

Hay otros aspectos a tener en cuenta y que la reforma trae y uno de ellos es que viene a modificar el artículo 9° de la Ley 80 en decir de forma expresa que *“la prohibición sobreviniente no afecta la totalidad de los contratos en ejecución, sólo aquel que le dio origen a la prohibición salvo que se trate de una prohibición relativa a la capacidad del contratista”*.²⁰⁰

Finalmente en cuanto al conflicto de intereses, el proyecto de reforma indica que solo va a ver conflicto de intereses cuando haya una contradicción entre el interés general, el particular del funcionario público, que no haya sido indicada por la ley, debiendo Colombia Compra establecer lineamientos para manejar el conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública, por lo tanto si el funcionario está inmerso en algún inconveniente de conflicto de intereses no debe tomar decisión alguna en relación a determinado proceso, en dado caso de que sea la persona encargada de tomar todas las decisiones en el proceso, la entidad debe nombrar un funcionario ad-hoc para que se encargue de tomar dichas decisiones y en caso de que el servidor que está en conflicto es el representante legal de la entidad, el funcionario ad-hoc debe ser ajeno a la entidad con el fin de garantizar toda la independencia del proceso de abastecimiento.

Aquí nuevamente se pone de manifiesto la intención de emplear el derecho blando para establecer lineamientos para en lo que a conflicto de intereses se refiere.

h. Directorio de proveedores

El proyecto expone que de acuerdo al estudio realizado por la OCDE, hacer el trámite de registro de las empresas en el RUP presenta ciertos inconvenientes ya que deben suministrar información sustancial, cancelar determinado dinero para el trámite y deben hacerlo en unas fechas determinadas, ya que si no lo hacen son sacados del

²⁰⁰ Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016. Pág. 7-8

sistema, generando como consecuencia esta situación que solo esté inscrita en el RUP una fracción de proveedores.

Este proyecto busca reemplazar el RUP conformando un Directorio Único de Proveedores, en la cual ellos deben diligenciar determinada información, sin tener ningún costo y en la cual se irán incorporando todas las actividades que realice como son contratos, ofertas y su desempeño en los mismos; el mismo sería gratuito con acceso al público. El mismo sería administrado por Colombia Compra Eficiente pero deben garantizar interoperabilidad con mecanismos de reporte de información financiera y contable del Estado. De allí que al reemplazarse el RUP, no habrá duplicidad de registros públicos.

i. Del contrato.

En este punto son varios aspectos relacionados al contrato los que se tratan y se hará una breve mención al respecto.

- Contenido del contrato: Le da importancia al principio de la autonomía de las partes y a su vez establece que los contratos prestan mérito ejecutivo, figura que solo veíamos en los contratos que se rigen por el derecho civil.
- Perfeccionamiento: El proyecto de la reforma incorpora como algo novedoso la noción de expediente electrónico y la firma electrónica y a su vez señala que es necesario para iniciar la ejecución el registro presupuestal y constitución de garantías cuando sean requeridas.
- Anticipos y pago anticipado: En este punto el proyecto indica que se puede dar como máximo de anticipo el 30% del valor del contrato, exigiéndole al contratista una garantía de manejo del anticipo y a su vez deben incluir en los riesgos el que tenga relación con la mala inversión y como mitigar el riesgo. En el caso que el valor del anticipo sea superior a 1.000 salarios mínimos, se debe obligar al contratista constituir un patrimonio autónomo que este administrado por una sociedad fiduciaria para así hacer el desembolso del anticipo. Allí mismo, hacen la salvedad que no es anticipo ni pago anticipado el valor de los derechos de uso diferido como son soportes, licencias, mantenimiento de software, suscripciones a publicaciones o seguros, etc.
- Multas: En cuanto a las multas, en el proyecto se considera que se debe establecer un régimen de multas que provengan del derecho privado con la finalidad de que se creen incentivos para llevar a que se cumpla el contrato al cien por ciento.
- Cesión: Este proyecto de reforma permite la cesión del contrato ya sea total o parcial, siempre y cuando sea autorizado por la entidad, eso sí teniendo

en cuenta el proceso de selección utilizado y el mercado, para así analizar la viabilidad de la cesión.

- Incumplimiento: En este aspecto es importante resaltar que en el proyecto eliminan por completo la posibilidad de que una de las partes declare el incumplimiento y a su vez lo que busca es que el mismo sea alegado dentro del derecho comercial y civil y con las partes que se haya indicado en el contrato.
- Supervisión e interventoría: En este caso se pretende con la reforma que cada uno de los procesos de abastecimiento tengan un administrador y así mismo establecer sus responsabilidades; dicha administración la puede hacer la entidad con su personal de nómina o contratos de prestación de servicios permanentes o personas que no tengan nada que ver con la entidad o el contratista, es decir el interventor. En este proyecto, se considera la posibilidad de que el interventor responda de forma penal, disciplinaria, fiscal y civil por sus obligaciones no por las de terceros.
- Liquidación: En proyecto plantea la posibilidad de que los únicos contratos que se deban liquidar, sean aquellos que requieran un balance, por ello la misma debe tener un corte de cuentas, soporte, ajustes, revisiones y reconocimientos, así como conciliaciones y transacciones, prestando esa acta de liquidación mérito ejecutivo.
- Fiducia: La reforma establece que el patrimonio autónomo debe ser administrado por una sociedad fiduciaria, siempre y cuando cumpla con las normas que establece el articulado del proyecto como son: *“a) la obligación de aplicar los principios y procedimientos a la selección de fiduciarios, y b) la obligación del fideicomitente, del patrimonio autónomo y de la sociedad fiduciaria de adelantar procesos de abastecimiento de cumplir con los principios y procedimientos establecidos en el proyecto en la ejecución de su encargo”*.²⁰¹ Finalmente indican que de acuerdo al articulado del proyecto hacen una diferencia entre el contrato de fiducia celebrado por la entidad estatal y que el fideicomitente es la misma entidad, y el contrato de fiducia para el manejo del anticipo y en el que el fideicomitente es el proveedor.
- Contratos interadministrativos: En la reforma se hace la distinción entre contrato interadministrativo en el que se asocian con el fin de cooperar para cumplir unos objetivos dentro su función administrativa y por otro lado los contratos en los que una entidad vende a la otra obras, bienes o servicios pero que debe pasar por un proceso de selección. Como algo innovador, el proyecto de reforma busca que las entidades puedan entre sí celebrar contratos para adquirir bienes, prestar un servicio o contratar obras, pero

²⁰¹ Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016. Pág. 26

solamente si la entidad que va a abastecer se selecciona a través de una selección competitiva.

j. Límites a la modificación del contrato.

Colombia Compra eficiente considera que en procesos de abastecimiento no puede haber renegociación a excepción de los contratos que superen la vigencia fiscal y en los cuales se genere cierta incertidumbre y que sea necesario renegociar para tratar situaciones inesperadas. Es por ello, que el proyecto busca que dentro del contrato puedan hacerse reajustes con el fin de manejar el riesgo y si dicha modificación no atiende a alguna situación identificada, se debe renegociar nuevamente por las situaciones inesperadas, eso limitándolo al 25% del valor del contrato inicial, sin perder de vista el incentivo de los proveedores, beneficios de competencia abierta, que no deben perderse de vista con la renegociación y mucho menos el propósito del abastecimiento.

k. Garantías.

Lo que busca el proyecto es que efectivamente se exijan las garantías necesarias acorde a los riesgos que fueron identificados en la etapa de planeación del proceso, ya que las entidades deben tener en cuenta que la garantía es un costo de transacción que solo se puede justificar cuando efectivamente haya que amparar un riesgo con esa garantía.

l. Modalidades de selección de contratistas.

En este punto el proyecto de reforma propone una nueva manera de seleccionar a los contratistas tomando como referente la forma en que las entidades estatales han utilizado las modalidades de selección señalados en la Ley 1150 de 2007 y las mejores prácticas internacionales, es aquí donde el proyecto vuelve al concepto de licitación de la Ley 80 de 1993 y viene a colación el concepto de los procesos competitivos y a la contratación directa.

m. Ofertas y su evaluación.

En cuanto a la ofertas, el articulado señala que las ofertas deben ser completas y a su vez indica que las entidades estatales están en la obligación de aclarar a los proponentes información que pueda parecer inconsistente, teniendo en cuenta el principio de igualdad, con el fin de que se dé el mismo trato a todos los oferentes.

En lo relacionado al aspecto de la evaluación, la reforma lo que propone es no restringir los criterios de evaluación de las propuestas y tener en cuenta lo siguiente:

- i) Calidad*
- ii) Precio*
- iii) Costos del ciclo de vida del producto*
- iv) Condiciones técnicas*
- v) La experiencia del proponente o de su equipo de trabajo*
- vi) Condiciones de entrega*
- vii) Servicio posventa*
- viii) Características estéticas o funcionales*
- ix) Aspectos de sostenibilidad ambiental y social*
- x) Innovación*
- xi) Mejor relación costo – beneficio*
- xii) Mejor relación costo – eficacia²⁰²*

A su vez, el proyecto de reforma indica que no establece norma alguna sobre los requisitos habilitantes, dejando en los documentos del proceso y el reglamento el establecer los requisitos para la correspondiente evaluación.

Otro aspecto que trata este literal es el de precios anormalmente bajos, y al respecto el articulado indica que la entidad estatal está en la obligación de requerir al proponente del por qué las condiciones de la oferta presentada, dicho informe debe incluir un análisis detallado de precios en cuanto al alcance del contrato, metodología propuesta, cronograma y gestión de riesgo para decidir si se debe o no aceptar la oferta.

En caso de que la entidad acepte la oferta, se deberá aumentar el valor de las garantías que se exigen en el contrato y a su vez exigir otras garantías para poder proteger a la entidad de riesgos adicionales a los cuales se vea expuesto en cuanto al valor del contrato.

Finalmente, señala que para el rechazo de las ofertas en la reforma se indicarían las siguientes causales²⁰³:

- a) Cuando la oferta es incompleta porque no tiene elementos esenciales del negocio jurídico.*
- b) Las ofertas presentadas por quien es objeto de una prohibición de las que trata el literal G*
- c) Las ofertas anormalmente bajas.*

²⁰² Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016. Pág. 36

²⁰³ *Ibíd.* pág. 38

n. Etapas del proceso de contratación.

En lo que se refiere a las etapas, la reforma indica cinco etapas además de una norma general acerca del plazo para seleccionar al contratista y otro relacionado con notificaciones. Dichas etapas son²⁰⁴:

1. *Planeación.*
2. *Selección del contratista.*
3. *Manifestación escrita del acuerdo y publicidad del contrato.*
4. *Ejecución del contrato.*
5. *Liquidación cuando hay lugar a ella y la verificación de las obligaciones post-consumo y post-contractuales.*

o. Tribunal de solución de controversias antes de la firma del contrato.

La reforma plantea la creación de un tribunal, pero que esas decisiones que tome tenga el carácter de vinculante tanto para la entidad estatal como para los oferentes, señalan además en este tema que las entidades deben tener en cuenta estas decisiones para otras contrataciones que vayan a realizar, así más adelante sean cuestionadas por vía judicial.

Así mismo, propone modificar la Ley 1437 de 2001, en el sentido que los tribunales deben conocer controversias que se originen con base en decisiones tomadas antes de la suscripción del contrato y cuando el valor total del contrato exceda los dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero si el valor es menor, entonces conocerá el juez administrativo.

p. Solución de conflictos.

En relación a este aspecto, la reforma plantea tres artículos a saber: el primero indica que se deben emplear en las entidades estatales, mecanismos que sean ágiles, directos y oportunos para solucionar las controversias que se hayan previsto en la ley o el contrato, así mismo los árbitros pueden conocer sobre la legalidad de todas las actuaciones de las entidades en el campo del Sistema de Compra Pública.

En otro artículo plantea que quien debe conocer y dirimir las controversias que se presenten entre la entidad estatal y el contratista debe ser la Jurisdicción contencioso administrativa y un tercer capítulo que trata sobre las cuantías que es lo mismo que vimos

²⁰⁴ Motivos del Proyecto de Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio 30 de 2016. Pág. 38

en el literal anterior, es decir, cuando el valor total del contrato exceda los dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero si el valor es menor, entonces conocerá el juez administrativo.

q. Normas relativas al ente rector del Sistema de Compra Pública.

Colombia Compra Eficiente expide documentos que cada una de las entidades estatales está en la obligación de tener en cuenta para cada uno de sus procesos de abastecimiento, y si se llega a separar de estas guías debe tener una justificación que se relacione con la especificidad del proceso contractual. Indica a su vez que quienes manejen la contratación en el estado están obligados a tener en cuenta tantos manuales, guías, circulares y documentos estándar que sean expedidos por la agencia para cada uno de los procesos.

En este punto es donde tocamos el soft law o derecho blando que es el tema que trataremos a continuación, ya que esas guías, manuales y demás documentos hacen parte de este derecho blando que ha sido de gran utilidad en la Unión Europea y de acuerdo a Colombia Compra Eficiente, permite hacer aclaración de conceptos, introducir buenas prácticas y a su vez solucionar conflictos.

De otra parte, Colombia Compra Eficiente indica que para la sostenibilidad de la agencia es necesario contar con recursos públicos para su financiamiento y para ello con esta reforma pretenden crear una tasa que será aplicada a las entidades del orden nacional en un equivalente al 0,003% sobre el valor total de los procesos de abastecimiento resultantes y para hacer efectiva dicha contribución, el encargado de hacer esos traslados sería el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buscando con esto que se pueda sostener la agencia y a su vez administrarla y actualizar la plataforma del SECOP para prestar un servicio eficaz y eficiente.

Esta reforma entraría a regir un (1) año después de su promulgación, buscando que no afecte procesos de contratación que se estén cursando.

2.10. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES COMO ELEMENTO CLAVE PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

En la contratación pública la corrupción ha alcanzado niveles imprevistos pero no tan disímiles a otros países de la región y el mundo. La justicia está llena de denuncias, algunas por intereses políticos, y las cárceles se atiborran de funcionarios y empresarios contratistas delincuentes o sospechosos. También se usa como herramienta de desprestigio en las contiendas electorales, especialmente en la transparencia de la contratación a nivel regional donde el asunto es delicado. Los recursos de la sociedad

se van a los bolsillos de los corruptos, y por la mecánica implicada, nadie puede hacer nada, un verdadero atentado contra al Estado social de Derecho que llena incertidumbres y desconfianza la democracia.

Antes de tocar el trasfondo del tema veremos cuál es la trascendencia que tienen las TICS y que tanto aportan a la sociedad y a las instituciones estatales en la actualidad, que si bien es cierto su adaptación no ha sido tan rápida, si ha generado cambios importantes que han permitido que la evolución de los estados vaya a la vanguardia de la tecnología.

Para comenzar, es necesario saber en qué consisten las tecnologías de la información y comunicaciones y cuáles son sus principales características, a saber:

“En líneas generales podríamos decir que las nuevas tecnologías de la información y comunicación son las que giran en torno a tres medios básicos: la informática, la microelectrónica y las telecomunicaciones; pero giran, no sólo de forma aislada, sino lo que es más significativo de manera interactiva e interconexiónadas, lo que permite conseguir nuevas realidades comunicativas”. (Cabero, 1998: 198) (...)²⁰⁵

En cuanto a sus características, Belloch Ortí las características de las tecnologías de la información varían de un autor a otro, pero que de acuerdo al autor español Julio Cabero se sintetizan en las siguientes:

- *Inmaterialidad. En líneas generales podemos decir que las TIC realizan la creación (aunque en algunos casos sin referentes reales, como pueden ser las simulaciones), el proceso y la comunicación de la información. Esta información es básicamente inmaterial y puede ser llevada de forma transparente e instantánea a lugares lejanos.*
- *Interactividad. La interactividad es posiblemente la característica más importante de las TIC para su aplicación en el campo educativo. Mediante las TIC se consigue un intercambio de información entre el usuario y el ordenador. Esta característica permite adaptar los recursos utilizados a las necesidades y características de los sujetos, en función de la interacción concreta del sujeto con el ordenador.*
- *Interconexión. La interconexión hace referencia a la creación de nuevas posibilidades tecnológicas a partir de la conexión entre dos tecnologías. Por ejemplo, la telemática es la interconexión entre la informática y las tecnologías de comunicación, propiciando con ello, nuevos recursos como el correo electrónico, los IRC, etc.*
- *Instantaneidad. Las redes de comunicación y su integración con la informática, han posibilitado el uso de servicios que permiten la comunicación y transmisión de la información, entre lugares alejados físicamente, de una forma rápida. ¼ Elevados parámetros de calidad de imagen y sonido. El proceso y transmisión de la información abarca todo tipo de información: textual, imagen y sonido, por lo que los avances han ido*

²⁰⁵ Las tecnologías de la información y comunicación (T.I.C.). Consuelo Belloch Ortí Unidad de Tecnología Educativa. Universidad de Valencia. www.uv.es

encaminados a conseguir transmisiones multimedia de gran calidad, lo cual ha sido facilitado por el proceso de digitalización.

- *Digitalización. Su objetivo es que la información de distinto tipo (sonidos, texto, imágenes, animaciones, etc.) pueda ser transmitida por los mismos medios al estar representada en un formato único universal. En algunos casos, por ejemplo los sonidos, la transmisión tradicional se hace de forma analógica y para que puedan comunicarse de forma consistente por medio de las redes telemáticas es necesario su transcripción a una codificación digital, que en este caso realiza bien un soporte de hardware como el MODEM o un soporte de software para la digitalización.*
- *Mayor Influencia sobre los procesos que sobre los productos. Es posible que el uso de diferentes aplicaciones de la TIC presente una influencia sobre los procesos mentales que realizan los usuarios para la adquisición de conocimientos, más que sobre los propios conocimientos adquiridos. En los distintos análisis realizados, sobre la sociedad de la información, se remarca la enorme importancia de la inmensidad de información a la que permite acceder Internet. En cambio, muy diversos autores han señalado justamente el efecto negativo de la proliferación de la información, los problemas de la calidad de la misma y la evolución hacia aspectos evidentemente sociales, pero menos ricos en potencialidad educativa -económicos, comerciales, lúdicos, etc.-. No obstante, como otros muchos señalan, las posibilidades que brindan las TIC suponen un cambio cualitativo en los procesos más que en los productos. Ya hemos señalado el notable incremento del papel activo de cada sujeto, puesto que puede y debe aprender a construir su propio conocimiento sobre una base mucho más amplia y rica. Por otro lado, un sujeto no sólo dispone, a partir de las TIC, de una "masa" de información para construir su conocimiento sino que, además, puede construirlo en forma colectiva, asociándose a otros sujetos o grupos. Estas dos dimensiones básicas (mayor grado de protagonismo por parte de cada individuo y facilidades para la actuación colectiva) son las que suponen una modificación cuantitativa y cualitativa de los procesos personales y educativos en la utilización de las TIC.*
- *Penetración en todos los sectores (culturales, económicos, educativos, industriales...). El impacto de las TIC no se refleja únicamente en un individuo, grupo, sector o país, sino que, se extiende al conjunto de las sociedades del planeta. Los propios conceptos de "la sociedad de la información" y "la globalización", tratan de referirse a este proceso. Así, los efectos se extenderán a todos los habitantes, grupos e instituciones conllevando importantes cambios, cuya complejidad está en el debate social hoy en día (Beck, U. 1998).*
- *Innovación. Las TIC están produciendo una innovación y cambio constante en todos los ámbitos sociales. Sin embargo, es de reseñar que estos cambios no siempre indican un rechazo a las tecnologías o medios anteriores, sino que en algunos casos se produce una especie de simbiosis con otros medios. Por ejemplo, el uso de la correspondencia personal se había reducido ampliamente con la aparición del teléfono, pero el uso y potencialidades del correo electrónico ha llevado a un resurgimiento de la correspondencia personal.*
- *Tendencia hacia automatización. La propia complejidad empuja a la aparición de diferentes posibilidades y herramientas que permiten un manejo automático de la información en diversas actividades personales, profesionales y sociales. La necesidad de disponer de información estructurada hace que se desarrollen gestores personales o corporativos con distintos fines y de acuerdo con unos determinados principios.*

- *Diversidad. La utilidad de las tecnologías puede ser muy diversa, desde la mera comunicación entre personas, hasta el proceso de la información para crear informaciones nuevas.*²⁰⁶

El Banco Mundial ha sido uno de los primeros en fomentar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en los países en desarrollo, con la finalidad de que haya un mayor acceso a la conectividad además de facilitar a su vez el acceso a la banda ancha, buscando como fin último que se dé un cambio en la prestación de los servicios públicos, que haya un aumento en la productividad y competitividad; todo ello apoyando a diversas empresas tanto públicas como privadas de internet y banda ancha disminuyendo sus costos minoristas pero aumentando el uso del servicio, hasta el punto de atraer inversiones para infraestructura de redes móviles.²⁰⁷

Así mismo, el Banco Mundial indica que para poder realizar un uso y expansión de las TICs se hace necesario emplear una estrategia que contempla tres pilares a saber: *conexión, innovación y transformación*. El primero de estos pilares se fundamenta en expandir la infraestructura de conectividad y promover la estabilidad y previsibilidad de los sistemas regulatorios, el segundo implica que las empresas de servicios compitan basados en las tecnologías de la información y el fomento de las mismas, creando empleos especialmente para mujeres y jóvenes y finalmente la transformación que consiste en aprovechar al máximo el conocimiento y la experiencia de las empresas o en su defecto del sector para así estrechar relaciones con las instituciones gubernamentales y así integrar innovaciones para la prestación del servicio y la rendición de cuentas²⁰⁸, que es donde los gobiernos evidencian su gestión y hasta donde cumplen los principios establecidos en la ley.

Luego de haber visto lo expuesto arriba surge un interrogante ¿será que el modelo de gestión democrática ha quedado corto para lo que estamos viviendo actualmente? Se cree que la corrupción en la contratación pública se puede controlar y erradicar con voluntad, educación y responsabilidad política y social, es el caso por ejemplo de los países nórdicos u orientales en donde las prácticas corruptas son socialmente castigadas y sus índices son muy bajos, en parte por la carga social que existe ante estas prácticas o por las sanciones penales que pueden llegar hasta la pena de muerte. Pero este no es el caso colombiano, porque la historia que hemos tenido no se ha hecho cargo del problema, básicamente por falta de voluntad política y social.

²⁰⁶ Las tecnologías de la información y comunicación (T.I.C.). Consuelo Belloch Ortí Unidad de Tecnología Educativa. Universidad de Valencia. Pág 1-3. www.uv.es

²⁰⁷ Tecnologías de la información y las comunicaciones: Resultados del sector. Banco Mundial. 2014. www.bancomundial.org

²⁰⁸ Ibid.

Sin embargo, utilizando los nuevos avances tecnológicos que garantizan absoluta transparencia e implican dejar atrás el concepto del Estado Gendarme, para pasar al Estado tecnológico y el ciudadano interventor; se trata de modernizar el Estado con un “conjunto de transformaciones, innovaciones tecnológicas, políticas e institucionales, que mejoran la capacidad del Estado para responder de manera oportuna, eficaz y eficiente a las necesidades de la ciudadanía”²⁰⁹. Se habla de operacionalizar totalmente el Decreto 1082 de 2015 que reglamenta el sistema de compras del Estado para así mejorar los medios de comunicación e información de la sociedad en sus niveles políticos, técnicos y económicos, interrelacionando en una aplicación al Gobierno, los proveedores, oferentes y la sociedad en la contratación de bienes, obras y servicios y frenando en seco el famoso principio que “hecha la ley, hecha la trampa”. Sin duda, los nuevos desarrollos tecnológicos harán más transparentes los procesos y reglas sobre las transacciones comerciales y contractuales de bienes, obras y servicios, permitiendo que los oferentes, proveedores nacionales y extranjeros puedan participar en igualdad de condiciones, limpios de coimas.

El Gobierno Electrónico, Gobierno en Línea, e-government, e-Procurement, infogobierno, cybergobierno, Gobierno Digital, etc., son instrumentos básicos utilizables para la Contratación e Interventoría ciudadana electrónica. Estos ofrecen nuevas formas de soportar el mejoramiento del gobierno, conectando al ciudadano, construyendo interacciones con la sociedad civil. Se trata de recurrir a la nueva era de la tecnología, sociedad postindustrial, sociedad de la información y del conocimiento. Una oferta de servicios en línea, entendida como la manera de facilitar la disponibilidad de la información, tramites, procedimientos, etc., que supone un sistema organizado en etapas de desarrollo, procesos internos de la función pública y en las relaciones de ésta con la sociedad y el comercio. En consecuencia, “la Internet, al ser un medio abierto con costos operativos en descenso y nuevas plataformas que facilitan su uso, permite que las organizaciones, las agremiaciones, los partidos políticos y los grupos de presión, entre muchos otros aprovechen este espacio para hacerse notar y sentar su posición frente a los temas de su incumbencia, con identidades propias y posibilidades de reclutar seguidores”²¹⁰.

Con la participación de la veeduría ciudadana en los planes del Gobierno Electrónico y la contratación pública, se espera que se genera una nueva cultura gubernamental y expresión de nuevas formas de gestión pública. En la medida que las

²⁰⁹ UMGD, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Gobierno de Chile. En línea: <http://www.modernizacion.gob.cl/es/acerca/>

²¹⁰ Botero, María H., Cardozo, Luis. “El poder electrónico para la gente: un desafío para la democracia contemporánea” En: Revista Desafíos, No. 22, Universidad del Rosario, 2010. Pág. 250. En línea: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/viewFile/1416/1292>

administraciones soporten sus procedimientos en ellas, superan el burocracia y la intervención de mediadores y lobistas, aumentando legitimidad, la eficiencia, la eficacia y la transparencia en procura de mayor legitimidad a los procesos de contratación donde el Estado como mayor proveedor, comprador de bienes y servicios queda a disposición de la ciudadanía de manera más fácil y rápida. Las regulaciones, normas, datos económicos, indicadores de desempeño, políticas públicas, informes de gestión, reportes estadísticos, oportunidades de negocio, decisiones administrativas y, en general, todo tipo de información que hace parte del día a día de la función de la administración pública se pone ciertamente a disposición de cualquier ciudadano sin consideraciones de modo, tiempo y lugar.

Por lo tanto, las herramientas tecnológicas que están a disposición del Estado y los ciudadanos, deberían ser vistos como una suerte de salvavidas al sistema político democrático de nuestra sociedad, dado que este mismo sistema que se ideó hace siglos hoy en día no es aplicable, básicamente porque la representatividad y participación de los ciudadanos está muy limitada así existan elecciones periódicas. Esto causa que las personas del común se aparten y vean el sistema como algo externo o ajeno a ellos, y eso es lo que se convierte en caldo de cultivo para los corruptos, luego se apropian de este vacío para hacer suyo algo que es de todos.

La investigación y seguimiento de hechos relacionados con la corrupción demanda actualmente formas y mecanismos que permitan un fácil y oportuno acceso a la información a través del uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Por eso, se busca brindar una perspectiva clara del proceso de creación e implementación en conjunto con todas las estrategias de combate a la corrupción en el país. Hemos visto cómo las recientes reformas del sistema colombiano buscan atacar todas las fuentes y maneras de corrupción, sin embargo, en la práctica las maneras de desangrar al sistema aún se realizan, por lo que las TIC entran a conformarse como una herramienta casi obligada que complemente la legislación.

Para J. Ignacio Criado y Ana Corojan²¹¹ indican que el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones no solo sirven a los gobiernos en la transformación de los procesos de la administración pública siendo más eficiente y transparente sino

²¹¹ J. Ignacio Criado, Ana Corojan. ¿Pueden las TIC cambiar la transparencia, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas en los gobiernos latinoamericanos? Un enfoque comparado sobre los países centroamericanos. Rey Tristán, Eduardo; Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, Sep. 2010, Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto ; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.2037-2072, 2010, Cursos e Congresos; 196. <halshs-00531527>

que a su vez puede mejorar la interfaz a través de la cual el gobiernos se puede comunicar con la ciudadanía. Es decir que para los estados, las ventajas que brindan las TIC son las siguientes:

- “1. Reducción de costos y aumentos de eficiencia
2. La calidad de la prestación de servicios a empresas y clientes
3. La transparencia, la lucha contra la corrupción, rendición de cuentas
4. Aumentar la capacidad del gobierno
5. Red y la creación de la comunidad
6. Mejorar la calidad de la toma de decisiones
7. Promover el uso de las TIC en otros sectores de la sociedad”

Siguiendo con los autores, señalan que uno de los aspectos más importantes es la transparencia, es decir, que los estados son transparentes cuando dan a conocer toda la información de carácter público sin ocultarlos, es decir que la transparencia es “*la divulgación activa de información que permite a los terceros supervisar el funcionamiento interno o el desempeño de una organización gubernamental*”²¹², por ello se toma como un servicio de información a la ciudadanía, forma fácil y ágil, permitiendo que los procesos, procedimientos y estructuras está a disposición de todos para ser valorados y a su vez calificada la gestión del gobierno de turno y hacer que los ciudadanos supervisen tanto las acciones como decisiones que toman para favorecer tanto a la institución propiamente como a los beneficiados. De allí que en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007) se haya plasmado la necesidad de transparencia en las instituciones a nivel de América Latina, planteándose como imperioso el fortalecimiento de las instituciones públicas y de los mecanismos de gestión de los gobiernos latinoamericanos, el desarrollo de un gobierno electrónico transparente:

*“Incrementar la calidad de los servicios y productos públicos que el Estado tiene que suministrar a los ciudadanos al mejorar la eficiencia, la eficacia y una mayor transparencia de la gestión pública, aprovechando la utilización de las TIC en el Gobierno y en la Administración Pública.”*²¹³

Así dentro del mismo enfoque y siguiendo con Criado y Corajan, encontramos el *accountability* o rendición de cuentas, que es donde la ciudadanía viene a juzgar y reflexionar sobre las actividades realizadas por su gobernados, pero que si bien es cierto se ha buscado interconectar la democracia, la representación y la rendición de cuentas,

²¹² Ibid. Pág 2048-2049

²¹³ Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007. Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007 (Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago). <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf>.

con la implementación de las TIC sea hecho necesario dar un giro a lo que respecta a la mencionada rendición , ya que se ha hecho necesario implementar nuevas estrategias que permitan asegurar y mejorar la transparencia en la gestión del gobierno, haciendo ver la rendición de cuentas desde otro punto de vista ya que de un lado está el estado que busca empoderar gobiernos que hagan lo que tienen que hacer al mismo tiempo de hacer lo que no deben y por otro lado está la ciudadanía que busca que el político actúe en pro del interés general y no pensando en motivos personales o partidistas, es decir, que a los políticos se les responsabiliza en la rendición de cuentas por sus actuaciones y a su vez se les castiga o se les recompensa de acuerdo a los resultados, es decir que se diferencia en *“la capacidad o derecho de recibir o exigir respuestas y la capacidad de sanción”*²¹⁴

Finalmente, dentro de los aspectos trascendentales que veníamos desarrollando y que las TIC tienen gran trascendencia está la corrupción que es el objeto de este trabajo; es decir que la implementación de las TIC se traduce en disminución de corrupción administrativa y política. El e-government ha servido para luchar contra la corrupción que ha señalado tanto Transparencia Internacional y las Naciones Unidas como el Banco Mundial, que como ya lo han indicado es un *“abuso de la función pública desempeñada a favor de los beneficios privados” y el mayor obstáculo al desarrollo económico y social*”.

Si bien es cierto, se sabe que la corrupción depende de diversos factores entre ellos, sociales, políticos, económicos, etc., pero de acuerdo a diversos estudios realizados, esa corrupción depende de la eficiencia promovida a través de la tecnología, además de que las TIC puede conllevar a eliminar barreras sistemáticas de crecimiento en países pobres, pero sin embargo hay algunas opiniones como la de Richard Heeks²¹⁵ que indicó que en el sector público si bien es cierto la implementación de nuevas tecnologías es buena porque ayuda a detectar y eliminar la corrupción, por otro lado en algunas ocasiones no tiene incidencia alguna o puede crear oportunidades para que la corrupción se fomente.

²¹⁴ J. Ignacio Criado, Ana Corojan. ¿Pueden las TIC cambiar la transparencia, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas en los gobiernos latinoamericanos? Un enfoque comparado sobre los países centroamericanos. Rey Tristán, Eduardo; Calvo González, Patricia. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional, Sep. 2010, Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto ; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, pp.2037-2072, 2010, Cursos e Congresos; 196. <halshs-00531527>

²¹⁵ Heeks Richard. Information technology and Public Sector corruption´ En Information Systems for Public Sector Management Working Paper Series, ed. Institute for Development Policy and Management, University of Manchester, Manchester. 1998

Es por ello que en el combate contra la corrupción en la actualidad incluye múltiples formas y mecanismos de investigación y detección, y se apoya en novedosos recursos tecnológicos que pueden facilitar diversas acciones a realizar. Considerando que la materialización de prácticas corruptas se hace propicia en un ambiente de secretismo, donde se evita la generación de rastros, el uso de tecnologías de las TIC genera oportunidades para la identificación de indicios de corrupción a través de un oportuno acceso a la información. Es el caso de Jesús Bosch, quien desarrolló una aplicación móvil para determina cuán corrupta es una persona, él comenta que “son muchos los casos de corrupción política que han salido a la luz recientemente la gente se pregunta por qué se ha llegado a esta situación y cuales han sido las causas que la han motivado. En este contexto, vimos oportuno desarrollar una app que permitiera evaluar el nivel de corrupción de una persona”²¹⁶.

Pero precisamente sobre el acceso a la información, se podría estar hablando de la falencia más importante de la lucha contra la corrupción a través del empleo de las TIC en un país como Colombia. Durante la coordinación con las instituciones a las cuales se requería información para la investigación de hechos y delitos de corrupción, se evidencian problemas, reunidos en cuatro grupos: (i) la comprensión de la norma, (ii) los tiempos de envío de la información, (iii) la calidad de la misma y (iv) la seguridad en su entrega.

La comprensión de la norma: Es natural que debido a las prácticas y culturas institucionales, las entidades y sus funcionarios se muestren reticentes a proporcionar información, lo cual genera un complicado relacionamiento entre los usuarios y las organizaciones sobre las disposiciones normativas que empiezan a relacionarse con el uso de las TIC. Muchas veces ni los funcionarios ni los ciudadanos conocen los cambios en los procesos y eso causa desinformación y confusión en los procesos.

Los gobiernos locales y regionales, deben cumplir con el principio de publicidad de una forma mucho más amplia. Los cambios normativos que se generan y que afectan a las personas no se socializan, lo que a la larga causa traumatismos por el desconocimiento de la norma.

Cumplimiento de tiempos: La entrega de información por parte de las entidades requeridas toma tiempos considerables; los sitios oficiales de los organismos, municipios y entidades están obligadas a prestar un servicio de atención a las solicitudes por parte de los ciudadanos, pero lamentablemente en muchos casos estos servicios no funcionan

²¹⁶ TICBeat. ¿Es posible detectar la corrupción con una app?, 2008. En línea: <http://www.ticbeat.com/movapps/app-persona-corrupta/>

como debe ser, e incluso cuando se atiende al ciudadano, éste no tiene idea de cuánto tiempo se demorará su solicitud.

Por una parte, esta situación se ha generado debido a la mencionada incompreensión de la norma por parte de varias instituciones y los ciudadanos, y los ciudadanos deben realizar sus procesos por el mismo mecanismo o los tradicionales, desvirtuando la efectividad de las TIC. También, existen retrasos porque los procedimientos no se adecúan a la nueva norma y los funcionarios insisten en conservar los procesos anteriores.

Problemas en la calidad de la información: La información entregada por las entidades, cuando se desconocen los nuevos procesos puede presentar falencias en cuanto a formatos y contenidos de presentación, e incluso en las mismas respuestas porque no se adecúan a los nuevos parámetros o estándares. Esto da pie para que el mismo análisis posterior y seguimiento a las solicitudes, quejas o reclamos no sea efectiva.

Problemas con la seguridad: Las respuestas de las organizaciones deben cumplir con el objetivo de la política Cero Papel, sin embargo, a causa del desconocimiento o reticencia al cambio, aún se puede evidenciar que esta forma tradicional se conserva. Para el MinTIC:

“el concepto de oficinas Cero Papel u oficina sin papel se relaciona con la reducción ordenada del uso del papel mediante la sustitución de los documentos en físico por soportes y medios electrónicos. Es un aporte de la administración electrónica que se refleja en la creación, gestión y almacenamiento de documentos de archivo en soportes electrónicos, gracias a la utilización de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La oficina Cero Papel no propone la eliminación total de los documentos en papel. La experiencia de países que han adelantado iniciativas parecidas ha demostrado que los documentos en papel tienden a convivir con los documentos electrónicos ya que el Estado no puede negar a los ciudadanos, organizaciones y empresas la utilización de medio físicos o en papel”²¹⁷

Al respecto, una iniciativa importante que ha generado buena empatía entre los ciudadanos es aquel del manejo biométrico en las notarías del país. Esta estrategia se ha implementado como forma de atacar la corrupción y los delitos en los procesos notariales. Sobre esta modificación, “el superintendente de Notariado y Registro, Jorge Enrique Vélez García, anunció el posible inicio de una investigación disciplinaria a las notarías del país que no tengan en actual funcionamiento el sistema de identificación

²¹⁷ Mintic, *Cero papel en la administración pública*, Bogotá, 2014

biométrica que fue estipulado desde el 1 de enero del presente año (2016). Vélez García informó que el sistema de identificación biométrica debe ser utilizado en las 904 notarías del país, con el fin de garantizar seguridad jurídica en los trámites notariales”.²¹⁸

Como se puede observar, el escenario compuesto de un marco legal e institucional suficiente para la materialización de acciones de investigación de hechos de corrupción y el incremento exponencial de denuncias y procesos en el área sentaron las bases para la implementación de una herramienta que diera una respuesta efectiva a las inminentes necesidades que se venían produciendo. En este sentido, la construcción de diversas estrategias como las que se han venido mencionando han conllevado en primera instancia una fundamentación conceptual, de la cual a continuación se detallan sus puntos más relevantes en relación con la importancia del manejo de información adecuada en el combate contra la corrupción, la utilización de TIC y la cooperación entre instituciones.

La corrupción, a diferencia de otros problemas en la sociedad, tiene la peculiaridad de poseer sutiles e ingeniosas formas que nacen y se desenvuelven en la clandestinidad y secretismo, las que la tornan en un mal difícil pero no imposible de combatir. Su realización sin testigos, sin escena del crimen y sin dejar evidencias son las prácticas habituales; además, entre los involucrados se produce un pacto de silencio que, por el propio bien de los implicados, no puede ser quebrantado. Incluso, se han identificado formas de corrupción que parecen inofensivas, por ejemplo “puede darse cuando se hacen donativos importantes, aparentemente gratuitos y desinteresados, pero que tienen la finalidad de captar la benevolencia de quien es o puede llegar a ser poderoso, o prevenir su posible mala voluntad. Se trata de una especie de ‘seguro’ contra previsible acciones perjudiciales para el que hace el “obsequio”²¹⁹

Sin embargo, existe la posibilidad de detectar este tipo de hechos sobre la base de los rastros existentes, los cuales pueden ser descubiertos si se tienen capacidades especiales de investigación. En este contexto se estaría frente a una situación de conflicto permanente entre las organizaciones, los ciudadanos, los funcionarios y aquellas personas que persiguen el satisfacer sus intereses personales a costa del usufructo del Estado. Ante este panorama, una necesidad que amerita la atención inmediata es la de entender cómo podrían desenvolverse todos los participantes de este

²¹⁸ El Mundo, Investigarían a notarías sin Sistema Biométrico, tomado de http://elmundo.com/portal/noticias/gobierno/investigarian_a_notarias_sin_sistema_biometrico.php#.WD M3buYrJlct

²¹⁹ Medina, C. “Sobre la corrupción: Capítulo 4: Formas de corrupción”. MSC, 2014. En línea: <http://www.mscperu.org/biblioteca/1social/corrupcion/corrupMedina/Corrupcion05.htm>

conflicto permanente, lo cual constituye un punto de referencia para responder al comportamiento corrupto.

Sobre este punto de referencia, el combate y reducción de la corrupción deben basarse en medidas y mecanismos dotados de ingenio y coercitividad, que permitan a las agencias públicas encargadas su seguimiento, detección de pistas y de formas de materializarse. Ahí es donde entra a jugar el papel preponderante las TIC en el país. En este marco, la práctica y teoría anticorrupción ha buscado identificar políticas y acciones de aplicabilidad general para paliar este mal.

Una identificación ampliamente utilizada en la actualidad se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que define los siguientes cuatro pilares: medidas preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, y recuperación de activos.²²⁰ En lo que concierne al caso colombiano, es necesario hacer énfasis en el segundo pilar, penalización y aplicación de la ley, dentro del cual adquiere relevancia la necesidad de una adecuada investigación y un oportuno acceso a la información. De esta forma resultan esenciales la recolección y análisis de información para la detección y sanción de la corrupción.

Se hace importante mencionar que la corrupción institucionalizada sigue siendo un importante obstáculo para lograr un gobierno honesto y transparente y, por ende, para la consolidación de la democracia y la promoción del desarrollo sostenible. Asimismo, representa una amenaza tanto para la democracia como para el desarrollo, porque erosiona la capacidad del Estado para asegurar medios de vida sostenibles para sus ciudadanos, negándoles así el disfrute pleno de sus derechos.

En virtud de la resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/51/59 del 28 de enero de 1997, el primer elemento de un programa contra la corrupción exitoso es el desarrollo de las instituciones, o fortalecer la capacidad de aquellas organizaciones con probabilidades de participar en el combate contra la corrupción desde diferentes frentes como: comisiones independientes anticorrupción; la policía y otros órganos que aplican la ley; instituciones de fiscalización como la oficina del auditor general, la oficina o comisión de quejas ciudadanas (ombudsman, defensor público, etcétera); los comités de cuentas públicas de las legislaturas, o las comisiones electorales independientes. Un Estado fuerte, con capacidad demostrada para cumplir con sus tareas fundamentales y rutinarias de aplicación de la ley, recaudación de ingresos y redistribución de la riqueza, es un requisito mínimo para combatir la corrupción. Un Estado débil, o que carece de autonomía frente a las élites corruptas, no puede librar esta batalla.

²²⁰ Klitgaard, K. 1988. *Controlling Corruption*. Los Angeles, CA: University of California Press.

Así, pues, el desarrollo de la capacidad del Estado no sólo supone una reforma del sector público mediante la capacitación de una burocracia competente y confiable, sino también el fortalecimiento de los tres poderes del Estado en el desempeño de sus respectivas funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. En general, el respeto y la observancia de los principios de equilibrio de poderes deben asegurar un mínimo de transparencia y rendición de cuentas dentro del sistema. Obviamente, esto no es posible cuando los parlamentos no hacen más que refrendar al poder ejecutivo, por lo que están impedidos de supervisar su labor. Tampoco es posible hacer una campaña contra la corrupción con objeto de fomentar la transparencia y la rendición de cuentas cuando el poder judicial no cuenta con suficiente independencia.

Un requisito importante para un combate exitoso es que las dependencias contra la corrupción se transformen en órganos de fiscalización verdaderamente autónomos de la mano con las herramientas que las TIC ofrecen, armados con los recursos y capacidades adecuados a fin de desempeñar sus funciones con eficacia. Estos recursos son necesarios para aumentar su independencia y eficacia. Los gobiernos y sus aliados para el desarrollo deben, por igual, ayudar a estos organismos que combaten la corrupción en la formulación de estrategias eficaces de movilización de recursos, lo que significa asistirlos en la elaboración de proyectos de presupuesto para sus respectivas legislaturas.

Como la lucha contra la corrupción atañe a más de una dependencia, se debe establecer un mecanismo de coordinación eficaz para efectos tanto de coherencia de políticas como de impacto general. Esta coordinación puede estar a cargo de un organismo principal, la mayoría de las veces creado específicamente para combatir la corrupción, ya sea una comisión o una unidad especializada en la oficina del jefe de gobierno. El apoyo técnico es necesario a fin de fomentar la capacidad del organismo principal para desempeñar con eficacia el papel de coordinador en las consultas interinstitucionales y en la defensa pública en las actividades contra la corrupción.

Estos organismos anticorrupción enfrentan el reto crucial de fomentar su propia capacidad para aplicar la ley, que incluye mecanismos legislativos y regulatorios que le otorguen facultades para investigar y procesar, según las normas internacionales en materia de derechos humanos. El desarrollo de estas capacidades incluye apoyo logístico, como el establecimiento de bases de datos y la adquisición de equipo necesario para las diferentes tareas que habrán de emprenderse, así como la capacitación del personal en informática, la verificación de activos, análisis de perfil financiero, técnicas de investigación, reglas y procedimientos judiciales, entre otros asuntos técnicos.

La disposición de información única y centralizada eleva la probabilidad de que la corrupción sea detectada y sancionada, por lo que debe combinarse el uso adecuado

de la información con otras medidas tales como recompensas y sanciones; de esta forma, la corrupción se hace más costosa y se genera un efecto disuasorio si el costo de llevarla a cabo es mayor a la ganancia que podría generar. Sin embargo, el solo hecho de contar con información no significa que esté asegurada una efectiva investigación y detección de hechos de corrupción, ya que la información debe cumplir con requisitos tales como la oportunidad, confiabilidad e integridad.

Así, estamos hablando que se trata de un complejo sistema, aparte del RUP, que debe enfocarse en combatir a la corrupción. Para subsanar este problema, será necesaria la convergencia de otras herramientas y mecanismos que complementarán a la existencia de información, tales como la utilización de la TIC, la cooperación interinstitucional y la cultura ciudadana.

En este sentido, la utilización de las TIC para la lucha contra la corrupción ha demostrado buenos resultados en agencias estatales de varios países de la región y otros continentes, y de estas experiencias vale la pena rescatar los siguientes elementos²²¹:

- Se reducen intervenciones innecesarias que generalmente producen abuso de poder por parte de empleados públicos.
- Se puede monitorear el desarrollo de las funciones de empleados públicos a un bajo costo.
- Se coadyuva a promover la transparencia a través de la provisión de información al público en general.
- Se adquiere mayor fuerza en la lucha contra la corrupción cuando los medios tecnológicos son acompañados de una base legal.
- Se ayuda a eliminar procedimientos burocráticos que generan mayores costos y tiempos

Ahora, en el actual escenario de la esfera pública colombiana, nace la necesidad de colaboración activa entre las entidades y órganos del Estado en todos sus niveles, tomando como prioridad un trabajo conjunto y coordinado a través de las distintas herramientas de la tecnología e información existentes que complementen la tarea de las modificaciones realizadas al RUP, modificación que veremos más adelante. En este sentido, en la implementación de acciones destinadas a paliar la corrupción, difícilmente podrán ser suficientes las acciones de un solo organismo u oficina, ya que la práctica ha demostrado que es necesaria la convergencia de distintas agencias que sean tutelares de información específica. Es por esto que se concibe la cooperación interinstitucional

²²¹ DiRienzo, C., J. Das, K. Corty, J. Burbridge. 2007. "Corruption and the Role of Information." *Journal of International Business Studies*, 38 (2): 320-332.

como uno de los pilares del combate contra la corrupción, y se encuentra identificada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 38: la Cooperación entre Organismos Nacionales. Al respecto, la Convención establece que los Estados Parte adoptarán medidas para alentar la cooperación entre organismos y funcionarios públicos con organismos encargados de investigar y enjuiciar delitos, y menciona específicamente el proporcionar toda la información necesaria previa solicitud.

Esta asistencia recíproca entre entidades tiene como una de sus principales formas la entrega e intercambio de información, lo cual en temas relativos a corrupción permite generar esa misión central en contra de la corrupción. Un claro ejemplo lo constituye el papel del intercambio de datos en los sectores impositivo y financiero. En efecto, en países en los cuales las agencias impositivas tienen acceso irrestricto o con restricciones a reportes de transacciones sospechosas, la cooperación interinstitucional ha sido muy útil en la identificación de ilícitos²²².

Asimismo, compartir información en el sector bancario contrarresta la evasión fiscal y corrupción en operaciones financieras, al mismo tiempo que mejora los servicios y disminuye los riesgos bancarios. El acceso a la información también implica un efecto positivo al generar parámetros de competencia, al impulsar la reducción de sobornos para la obtención de préstamos y al contribuir a eliminar la informalidad en las transacciones.

Para finalizar, es necesario concluir con la Ley 1712 de 2014 (reglamentada parcialmente por el Decreto 103 de 2015 y corregida por el Decreto 1494 de 2015) que expidió el Gobierno Nacional y a través de la cual se buscó unificar el principio de transparencia y el acceso a la información, la cual está basada en estándares internacionales, porque se creó acorde a la ley de la OEA que rige la misma materia. En este documento se hace mención especial a los principios de proactividad y oportunidad del acceso a la información, además de promover garantías para promover el ejercicio del derecho y a su vez fortalece al Ministerio Público como garante.²²³

Específicamente en esta ley, realzan los principios que rigen el acceso a la información como son: el principio de transparencia, buena fe, facilitación, no discriminación, gratuidad, celeridad, eficacia, calidad de la información, divulgación proactiva de la información y responsabilidad en el uso de la información²²⁴.

²²² OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). 2007. Access for Tax Authorities to Information Gathered by Anti-Money Laundering Authorities. Paris: Centre for Tax Policy and Administration, OCDE

²²³ Informe de Gestión. Secretaría de Transparencia. Presidencia de la República. 2014

²²⁴ COLOMBIA. Ley 1712 de 2014. Diario Oficial 49.094 Marzo 6 de 2014.

De allí, que Colombia Compra Eficiente pretenda con la reforma modificar algunos de los procedimientos de la contratación estatal a través del uso de TIC, con el fin de facilitar el acceso de información a las entidades contratantes para conocer y confirmar con mayor certeza la información aportada por los proponentes en los diferentes procesos contractuales publicados en el SECOP.

2.11. EL DERECHO BLANDO COMO ALTERNATIVA PARA LA REFORMA AL MARCO NORMATIVO CONTRACTUAL COMO ALTERNATIVA PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN.

Como se observó en el desglose de los aspectos más importantes del proyecto de reforma, uno de los aspectos de mayor importancia consiste en querer introducir el derecho blando o soft law en las normas de contratación, en este caso, hablamos de manuales, guías circulares y documentos tipo que expide Colombia Compra Eficiente y que de acuerdo a lo manifestado son de obligatoria utilización por parte de las entidades estatales. Es por ello, que a continuación se hará una breve exposición del derecho blando y al final se analizará como esa inclusión puede hacer que de cierta manera se reduzca la corrupción.

En el capítulo 13 artículo 70 del borrador del proyecto de reforma se manifiesta la obligatoriedad que tienen las entidades públicas de aplicar los documentos que expida Colombia Compra Eficiente y de no hacerlo de acuerdo al proceso de abastecimiento deberán justificarlo de forma detallada, el artículo establece:

“Artículo 70. Alcance de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente. Los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente en el ejercicio de sus funciones son una guía que las Entidades Estatales están obligadas a tener en cuenta en su actividad contractual. Si una guía contenida en un documento expedido por Colombia Compra Eficiente no es aplicable a un Proceso de Abastecimiento en particular, por la especificidad o la particularidad del mismo, la Entidad Estatal debe justificar en los documentos del proceso el motivo por el cual debe alejarse de la buena práctica recogida por Colombia Compra Eficiente”.²²⁵

Este artículo es el punto de partida para comenzar a esbozar el concepto de derecho blando y a su vez determinar qué tan prudente es que los documentos de Colombia Compra tomen por así decirlo el carácter de vinculante para que se tornen obligatorios como lo exige la reforma.

²²⁵ Proyecto del articulado. Colombia Compra Eficiente. Junio de 2016.

El derecho blando es una figura que aparece en el derecho internacional fundamentalmente en las organizaciones internacionales, presente en los tratados constitutivos de la Unión Europea consistente en introducir actos e instrumentos al ordenamiento jurídico, que si bien es cierto generan efectos jurídicos, no siempre han sido muy claros²²⁶.

Estos instrumentos generados en el soft law son considerados actos no homogéneos en cuanto a su origen surgimiento y naturaleza y que al momento de su surgimiento pareciera que no tiene ningún efecto jurídico; si son relevantes en algún momento en el ámbito jurídico; como ya se había comentado anteriormente, este se conoce sobre todo en el ámbito internacional a manera de declaraciones de principios de naciones unidas, resoluciones exhortaciones, votos, apelaciones, normas convencionales, non – binding agreements, recomendaciones, etc., que no tienen el carácter obligatorio, orientadores o programáticos que vienen a traer nuevas exigencias de reglamentación que si se entra a considerar dentro de las fuentes del derecho internacional no estarían inmersas dentro del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia.²²⁷ Dicha noción nos enviaría directamente a elementos *normativos sin valor de vinculación*, que aún por sí sólo no produzca obligación o derecho, puede prescribir algunos efectos de naturaleza jurídica y a su vez transformarse con ayuda de las autoridades u órganos competentes en derecho prescriptivo, tomando el derecho una valiosa importancia en la formación de normas generales y elaboración de estándares uniformes.

De allí que al examinar un poco más el soft law se observa que se ha ido adentrando en el derecho administrativo, pero a nivel europeo ha tomado más campo de acción en el derecho urbanístico, específicamente en cuanto a la regulación de guetos urbanos y políticas de integración social mediante el ordenamiento del territorio, pero desde el punto de vista del derecho administrativo no se han dado respuestas concisas a ciertos interrogantes que se han generado, pero si las ofrece no las hace utilizando los lineamientos del derecho tradicional, sino que más bien expiden normas abiertas e indeterminadas que se deja a la buena voluntad de las diferentes autoridades, propietarios de inmuebles y residentes su cumplimiento, mostrando allí como el derecho administrativo no tiende a ser tan rígido sino que presenta cierto grado de maleabilidad que conlleva a quien esté interpretando la norma a que su trabajo no sea tan fácil, puesto

²²⁶ El soft law administrativo. Daniel Sarmiento. Ed. Thomson Civitas. 2008, Pág 71

²²⁷ SOFT LAW Y LA TEORIA DEL DERECHO. Soft Power. Baldassare Pastore. Volumen 1, número 1. Enero-junio, 2014

que a estas alturas de presentarse un problema de alta complejidad, el legislador está asistiendo al soft law para dilucidar alguna solución posible al problema²²⁸.

Para entender un poco más en que consiste el derecho blando, es necesario adentrarnos en el papel que tiene el mismo en la función administrativa de acuerdo a lo señalado por Alexander Sánchez Pérez²²⁹ y consiste en que los actos que expide la administración de carácter interno en la cual manifiestan su poder y dan instrucciones a los subordinados y que la doctrina francesa conoce y reagrupa está dentro de las medidas de orden interior, no generando daño alguno a los administrados, no siendo necesario un control jurisdiccional ya que no es requerido; pero dichas ordenes de carácter interior están clasificadas dentro del grupo de actos administrativos unilaterales que no crean derecho pero que en todo sentido está al servicio de la autoridad. De allí que todas esas instrucciones sean una herramienta para la administración que le permite actuar dentro de una zona informal denominada por el autor como *reserva de instrucción administrativa*, que se manifiesta o materializa en circulares, directivas, orientaciones, cartas de instrucción, etc., para su uso discrecional.

De allí, que las normas que expide esta clase de derecho son por así decirlo *“instrucciones administrativas que tienen como finalidad expedir mandatos generales – abstractos desde un órgano superior hacia sus órganos inferiores, o de una autoridad a los empleados dependientes de esta, afectando el ordenamiento interno de un órgano o la actuación administrativa de la administración”*²³⁰, de allí que su legitimidad se base en el poder directivo de la alta jerarquía que está facultada para dictar órdenes, es decir instrucciones administrativas. En este punto se hace necesario resaltar que para diversos autores, las normas de derecho blando son más una no decisión jurídica que tienen cierto contenido técnico y de una buena administración, que lo que busca es fijar objetivos y condiciones generales de administración.

Siguiendo con Sánchez Pérez, indica que de acuerdo al campo de acción del derecho blando se pueden observar diversas tipologías a saber:

| TIPOLOGÍA | AFECTACIÓN |
|---|---|
| Instrucciones administrativas y de servicio | Afectan la organización interna y el funcionamiento de los servicios del órgano administrativo. |

²²⁸ El soft law administrativo. Daniel Sarmiento. Ed. Thomson Civitas. 2008, pág. 61-63

²²⁹ Las normas de derecho blando. Alexander Sánchez Pérez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012, Pág 69-70

²³⁰ Las normas de derecho blando. Alexander Sánchez Pérez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012, Pág 71

| | |
|---|--|
| Instrucciones interpretativas de la ley u otras normas | Determina la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, específicamente donde existan conceptos jurídicos indeterminados, garantizando a dichos órganos la interpretación de la ley y una aplicación uniforme de la misma. |
| Instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad | Señala como debe utilizarse la discrecionalidad otorgada a la administración, asegurando a su vez un ejercicio igualitario y uniforme de ese poder discrecional. |
| Instrucciones administrativas supletorias de la ley | Necesarias cuando no hay una regulación legal o si la hay se hace necesario el uso de la reserva administrativa para que la concrete. |

Así mismo, de acuerdos a los actos se pueden desprender tres categorías a saber: la primera a actos que están dirigidos específicamente a agentes administrativos que a su vez son vinculantes pero no ejercen efectos de derecho sobre los administrados, en segundo lugar actos que se dirigen a los agentes administrativos pero que no obligan a ninguna de las partes y el tercero actos que se dirigen a los administrados que no crean efectos ni los vinculan jurídicamente²³¹.

En principio, se observa plenamente que las normas del derecho blando no son netamente reglamentarias, sino por el contrario son interpretativas o explicativas de las normas del derecho positivo, permitiendo que la administración funcione de forma dinámica, es decir, organizando el servicio público por medio de la reserva de instrucción que arriba mencioné y que los ostenta el poder jerárquico; de allí que estas normas no tengan la característica de meta jurídicas ya que no buscan concretizar regla alguna ni mucho menos las fuentes del derecho administrativo, sino más bien sino ser una guía y prevenir que hayan conflictos de la norma o un caos administrativo, permitiendo más bien la interpretación de la norma desde diversos puntos de vista, haciendo ver que el legislador va dejando de lado el derecho tradicionalista y se está abriendo espacio más como un pedagogo de la norma, que lo que busca es que quien haga uso de la norma la entienda e interprete y no seguir viendo al legislador como una autoridad lejana por así decirlo intocable.²³²

Para Daniel Sarmiento²³³ el derecho blando presenta inconvenientes para ubicarse al día de hoy dentro de la actividad administrativa sobre todo desde el punto de vista conceptual, ya que se hace necesario que cuente con una teoría propia que le dé sentido en el campo jurídico, además de buscar una campo dentro de la actividad

²³¹ Las normas de derecho blando. Alexander Sánchez Pérez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012, pág. 75

²³² Ibid.

²³³ El soft law administrativo. Daniel Sarmiento. Ed. Thomson Civitas. 2008, pág. 95

administrativa en todo el conjunto de técnicas que tiene la administración; de allí que el autor señale las características o rasgos que deben tener las normas de derecho blando administrativo:

1. Se constituye de normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, no tienen efectos obligatorios ni tampoco tiene como regla general procedimientos tasados de elaboración.
2. Carece de efectos obligatorios, por lo tanto no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos.
3. Como consecuencia de lo anterior, no es susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.
4. Su principal característica es la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento es decir al *hard law* y coadyuvando a su vez a las mismas en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos. Es decir, que al desplegar efectos suaves en el ordenamiento, su función está ligada a la ejecución de políticas públicas donde la administración busca reforzar el principio de subsidiaridad.

Por otro lado, el derecho blando tiene como característica principal la heterogeneidad, manifestando la complejidad de la dimensión jurídica, de allí que pueda ser *soft* en cuanto a su autoridad, contenido y eficacia, pero a su vez como una manifestación de juridicidad en su estado inicial. Esa combinación de una capacidad de autoridad limitada y un nivel variable de efectividad y relevancia jurídica, hace que el derecho blando se encuentre casi fuera de los límites de las fuentes del derecho, ya que la noción que se tiene es de actos no normativos de valor sub legal, es decir, a normas con contenido indefinido así como su finalidad, un derecho que es débilmente obligatorio que a su vez puede tener una fuerza persuasiva cuya juridicidad puede ser ambigua y subestimada. De allí que se parta de que las normas del derecho blando no sean reglas jurídicas teniendo en cuenta su elasticidad, maleabilidad, que conllevan más a la persuasión que a la obligatoriedad y que tienen como característica fundamental una obediencia prevalente voluntaria; pero dichas reglas tienen aplicación convirtiéndose en eficaces y funcionan como razones que tienen su papel fundamental en la justificación de las decisiones. Es por eso, que diversas autoridades han dado reconocimiento al derecho blando a través del uso y reconocimiento, haciendo que esos criterios no vinculantes sean transformados en normas jurídicas, acorde a las exigencias prácticas y comportamientos a disciplinar.²³⁴

Siguiendo con el autor, el derecho blando muestra una perspectiva plural que caracteriza cada vez más los sistemas jurídicos, ya que constituye diferentes contenidos con léxicos particulares, lenguajes específicos y formas expresivas propias, de acuerdo

²³⁴ SOFT LAW Y LA TEORIA DEL DERECHO. *Soft Power*. Baldassare Pastore. Volumen 1, número 1. Enero-junio, 2014

a cada contexto de la vida social. Dichos textos son considerados de cierto modo jurídicos, ya que generalmente se producen a través de esquemas de procedimiento y que por su unidad de sentido, forman parte de la praxis llamada “derecho”. Es por ello, que la elasticidad, flexibilidad e indeterminación de los contenidos de los actos del derecho blando se relacionan con las condiciones de aplicación, así como al código de conducta prescrito, es decir que en su múltiples manifestaciones en calidad de derecho escrito no obligatorio prima facies, prescribe de forma atenuada pero no en un caso específico; ya que los actos del derecho blando lo que hacen es recomendar un objetivo, indican disposiciones que sea necesario adoptar, un aspecto que hay que considerar, un valor que reclama atención, etc., estableciendo una orientación traducida en el más o menos, siendo necesaria una gradualidad en el proceso de realización influyendo en la producción normativa, concluyéndose que hace parte del cuerpo normativo participando en el proceso de positivización, siendo por ello una fuente de derecho ya que es considerada capaz de generar reglas jurídicas.²³⁵

Finalmente, Sánchez Pérez indica que el derecho blando está abandonando cada vez más la zona informal de la actuación administrativa y que está perdiendo la condición de herramientas de interpretación o explicación de la función administrativa, puesto que al transformarse en reglas contraviene muchas veces el derecho positivo a través de interpretaciones *contra legem*, que conlleva a que nos ubiquemos en el campo de la responsabilidad patrimonial el estado por daños antijurídicos derivados de los efectos normativos del derecho blando, ya que muchas veces las normas de derecho blando que son elaboradas escuetamente, usurpando la reserva legal o reglamentaria siendo incorporadas al ordenamiento jurídico sin ningún filtro, originando vacíos; haciéndonos ver el autor que de todas formas el derecho blando no es tan inofensivo como parece, ya que a veces su estructura formal no está acorde a su estructura sustancial, alterando de cierta forma el sistema de fuentes, volviéndose en la praxis administrativa inutilizable como herramienta interpretativa y explicativa.²³⁶

Luego de esbozar a grandes rasgos, en que consiste el derecho blando y como puede alterar en pro o en contra el ordenamiento jurídico en el derecho positivo, es menester identificar o establecer que tan favorable es para nuestro ordenamiento que los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente sean de obligatorio cumplimiento.

Dentro de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente encontramos guías, circulares, manuales y demás documentos que permiten que los

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Las normas de derecho blando. Alexander Sánchez Pérez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2012, pág. 97

servidores públicos interpreten y a su vez aclaren dudas acerca de diversos temas en materia contractual que si bien es cierto están inmersos en la norma, no están esbozados de manera específica como si se encuentra por ejemplo en los manuales que emite la agencia.

En la práctica, actualmente los documentos tipo si uno se detiene a revisar la contratación de diversos municipios a nivel Cundinamarca y otros departamentos, se puede observar como las minutas, pliegos de condiciones y demás documentos publicados por Colombia Compra, han sido tomados al pie de la letra por las diferentes entidades estatales para desarrollar sus procesos contractuales, sin que en su momento fueran vinculantes y mucho menos obligatorio, ya que en el caso que nos ocupa desde mi punto de vista lo que ha querido la agencia es explicar de forma didáctica y a la vez facilitar al usuario el uso de la plataforma del SECOP y mostrar que si bien es cierto las normas en materia contractual han sido cíclicas y cambiantes son de fácil interpretación, permitiendo con los documentos que publica una comunicación por así decirlo entre compradores y proveedores, haciendo más transparente la contratación, ya que hace que tanto los pliegos como demás documentos que hacen parte de un proceso no sean fácilmente manipulados ya que contienen una serie de especificaciones y lineamientos ya dados por la agencia, sin que con ello signifique que se esté contraviniendo las normas que regulan la contratación estatal, puesto que como bien se mencionó en el desarrollo de este literal, el derecho blando no se refiere a un caso en concreto, así lo hace ver y confirmar la agencia, ya que ha expedido circulares, documentos tipo, etc., relacionados con cada una de las modalidades de contratación así como de cada uno de los aspectos más imperiosos al momento de iniciar y finalizar un proceso contractual, de allí que en mi concepto sería favorable establecer como obligatoria la adopción de cada uno de los documentos expedidos por Colombia Compra con el fin de unificar de forma unánime los procedimientos y herramientas a utilizar para cada una de las modalidades contractuales, favoreciendo a su vez la transparencia y la selección objetiva de los oferentes, permitiendo aún más la reducción de la corrupción en materia contractual.

2.12. LAS PROHIBICIONES Y EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN

Uno de los aspectos tal vez más cruciales de la reforma a la ley de contratación es la relacionada con las prohibiciones y el conflicto de intereses expuesto en este articulado, toda vez que si nos detenemos a observar, vemos como lo que tal vez en normas anteriores era una inhabilidad, ahora la reforma pretende hacerlas ver como prohibiciones.

Para comenzar es necesario diferenciar que es una inhabilidad y una prohibición, es por ello que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española la palabra

prohibición significa “acción y efecto de prohibir”²³⁷ lo que nos lleva al concepto de “vedar o impedir el uso o la ejecución de algo”²³⁸; y por otro lado tenemos la palabra inhabilidad que significa “defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio”²³⁹.

En principio, es necesario indicar que el articulado divide las prohibiciones primero en prohibiciones a nivel general, luego prohibiciones para la presentación de ofertas múltiples, prohibiciones para los servidores públicos, para quienes hayan tenido tal calidad y para los miembros de juntas o consejos directivos de las entidades estatales, prohibiciones a los parientes, cónyuges y compañeros de los servidores públicos y de los miembros de las juntas directivas de las entidades estatales²⁴⁰, situaciones que veremos en la diferente normatividad cuál era su manejo al respecto.

Para poder hacer el paralelo de la norma y determinar si efectivamente deben seguir siendo denominadas inhabilidades o por el contrario ahora ser llamadas prohibiciones; es necesario aclarar en qué consiste cada uno de ellos en nuestra legislación y así concluir si la modificación planteada es adecuada o no.

En principio la inhabilidad es la *incapacidad o ineptitud o circunstancias*²⁴¹ que no permiten que una persona en el caso que nos aplica pueda contratar con el estado ya sea una obra, bien o servicio. Así mismo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico estas inhabilidades se pueden ver desde dos puntos de vista, la primera es la inhabilidad relacionada de forma directa con la potestad sancionatoria del estado que se utiliza en el área penal, disciplinaria, contravencional, correccional y de punición por indignidad pública y la otra es la inhabilidad que no constituye sanción y que tampoco está dentro de las sanciones, sino que son las que obedecen a los principios, derechos y valores constitucionales.²⁴²

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-489 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz²⁴³, señalan acerca de la inhabilidad:

“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y

²³⁷ www.rae.es

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Articulado Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio de 2016

²⁴¹ Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Departamento Administrativo de la Función Pública. 2009. p 5

²⁴² Ibid.

²⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia 489-96. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 26 de 1996.

obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

(...)

La consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación”.

Hasta ahora con lo mencionado podemos dilucidar que la inhabilidad es expresamente vedar para de contratar con el estado teniendo en cuenta la calidad que ostenta el posible oferente, sus calidades o aptitudes; lo que hace la reforma es unificar las inhabilidades contempladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico y cambiando su denominación, situación que no se presentó en el Decreto 1082 de 2015, ya que ésta norma hace mención únicamente a las inhabilidades con ocasión de la presentación de otras ofertas como se verá más adelante.

El artículo 21 de la reforma hace un compilado de las inhabilidades señaladas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cambiando su redacción y ampliando un poco más del contenido, pero en esencia siguen siendo las mismas circunstancias, haciendo la claridad de que esas prohibiciones son también aplicables a los proponentes plurales que estén inmersos en las situaciones mencionadas en el articulado. Estas prohibiciones son:

“Artículo 21. Prohibiciones. Las prohibiciones a las que se refieren los artículos 21 a 25 se extienden a la contratación de las Entidades Estatales, incluyendo la contratación a la que se refiere el artículo 4 de esta ley y a la contratación que hagan las instituciones y organizaciones privadas y no gubernamentales con cargo a recursos públicos. Las personas y vehículos con capacidad para contratar a la que hace referencia el artículo 5 de la presente ley que están en las siguientes situaciones, no pueden participar en procesos de selección ni contratar con Entidades Estatales por el término indicado a continuación:

1. Quienes tienen una prohibición para contratar con el Estado de acuerdo con la Constitución y la ley, por el término previsto en la norma que establece la prohibición.

2. El contratista del contrato sobre el cual fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de tal declaración. Esta disposición es aplicable también a: (i) los integrantes de los Consorcios; (ii) el integrante de la Unión Temporal que generó el incumplimiento; y (iii) los constituyentes y administradores de los vehículos de inversión y de los instrumentos de administración de activos.

3. Los accionistas, socios, representantes legales o miembros de junta directiva de sociedades, distintas a las anónimas abiertas, de la sociedad contratista a la cual le fue declarada la caducidad, por el término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de tal declaración.

4. Los condenados judicialmente por delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad, o los delitos previstos en los tratados o convenciones contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, con excepción de delitos culposos, por el término que dure la sanción.

5. Los condenados por sentencia judicial ejecutoriada a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término que dure la sanción.

6. Las personas jurídicas cuyos representantes legales o miembros de junta directiva que por hechos relacionados con la administración o representación de la sociedad, hayan sido condenados en Colombia por delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o por colusión, con excepción de delitos culposos. Esta prohibición se extiende por el término de 20 años contados desde la ejecutoria de la sentencia.

7. Las personas naturales y jurídicas, sus accionistas, socios, representantes legales o personal directivo con capacidad de representar a la sociedad, o miembros de junta directiva de sociedades, que hayan sido condenados o sancionados, en Colombia o el exterior, mediante decisión judicial o administrativa ejecutoriada, por soborno transnacional. Esta prohibición se extiende por el término de 20 años contados desde la ejecutoria de la sentencia o acto administrativo correspondiente y no es aplicable para los accionistas de la sociedad anónima abierta condenada o sancionada por soborno transnacional.

8. Las personas sancionadas con destitución del cargo están cubiertas por esta prohibición por el término establecido en la sanción.

9. Las personas naturales, su cónyuge, compañero permanente, parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y las personas jurídicas, sus accionistas, socios, representantes legales o personal directivo, que financiaron directa o indirectamente campañas políticas a cargos de elección popular en cuantía superior al dos por ciento (2%) del valor máximo autorizado para la respectiva campaña, tienen una prohibición para celebrar contratos con las Entidades Estatales, incluso las Entidades Estatales descentralizadas del nivel administrativo para el cual el candidato fue elegido y por el período de su elección.

10. Las personas declaradas fiscalmente responsables por la autoridad competente hasta que la autoridad correspondiente reciba el pago o excluya a la persona de la lista de personas fiscalmente responsables.

*Estas prohibiciones se extenderán al Proponente Plural que tenga integrantes incursos en cualquiera de las situaciones anteriores*²⁴⁴.

Siguiendo con el articulado de las prohibiciones, continuó con las prohibiciones para la presentación de ofertas múltiples señaladas en el artículo 22 de la reforma, en este artículo se amplían las opciones por las cuales la entidad debe rechazar una oferta y a su vez declarar que los proponentes están incursos en una prohibición de dos años a partir de que el acto administrativo quede en firme; si bien es cierto la ley 80 había hecho mención similar a algunos de los supuestos allí enunciados en el artículo 8 numeral 1 literal g y h, el Decreto 1082 de 2015 los trae nuevamente a colación en su artículo 2.2.1.1.2.2.5 denominado *inhabilidades con ocasión de la presentación de otras ofertas*²⁴⁵, de allí que la reforma pretenda ampliar la gama de prohibiciones para evitar que personas que no puedan participar en un proceso contractual puedan quitar la oportunidad a otros proponentes que reúnan todas las condiciones exigidas.

El estatuto anticorrupción señala en el artículo 4 que las personas que hayan pertenecido a una entidad estatal o sociedades en las que haga parte en cargos directivos, están inhabilitados por dos años para contratar con el estado así como los parientes que se encuentren en el primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público²⁴⁶, pero en la reforma la prohibición se cambia a un año y se agrega además no solo los servidores del nivel directivo sino también del nivel asesor; aclarando además que los miembros de las juntas directivas o consejos directivos de entidades estatales no pueden participar en la selección de contratistas durante un año que se cuenta a partir del retiro del cargo.

Así mismo, la reforma retoma lo planteado en el estatuto anticorrupción en relación a la prohibición de celebrar contratos de interventoría tal y como lo señala su artículo 5:

“Artículo 5°. *Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad*²⁴⁷.

La reforma en el artículo 24 no especifica que contratos aplican para generar la prohibición sino que cierra por completo la posibilidad de realizar contratos de

²⁴⁴ Articulado Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio de 2016.

²⁴⁵ COLOMBIA. Decreto 1082 de 2015. Diario Oficial 49.523. Mayo 26 de 2015.

²⁴⁶ COLOMBIA. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial 48.128. Julio 12 de 2011.

²⁴⁷ Ibid.

interventoría sin importar la naturaleza del objeto contractual del contrato celebrado anteriormente, además de que en cuanto a parientes se refiere lo amplía hasta el cuarto grado de consanguinidad así:

“Artículo 24. Prohibición para celebrar contratos de interventoría. Los contratistas, los socios, accionistas, representantes legales o miembros de juntas directivas de personas jurídicas, sus cónyuges, compañeros permanentes, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, directamente o como miembro de un Proponente Plural, no pueden celebrar contratos de interventoría respecto del contrato sobre el cual recae, bien sea directamente o como miembro de un Proponente Plural. Tampoco sobre contratos suscritos por quien pertenece al mismo grupo económico o tenga el mismo beneficiario real.”²⁴⁸

La reforma pretende neutralizar la participación en la ejecución de contratos con las prohibiciones aplicadas a los parientes de los servidores públicos sin importar su nivel, permitiendo que el ejercicio de la contratación estatal sea transparente reduciendo la corrupción, puesto que se evitan los favorecimientos por ser el pariente de determinado servidor a cambio de dadas o favores personales, permitiendo que la prohibición se establezca durante el tiempo que el servidor esté en el cargo y un año más después del retiro.

Como en toda norma se presentan excepciones y en este caso no podían quedar por fuera las excepciones a las prohibiciones ya mencionadas como a continuación se señala:

“Artículo 26. Excepciones a las prohibiciones. Las prohibiciones previstas en los artículos 21 a 25 de la presente ley, no son aplicables en los siguientes casos:

- 1. La adquisición de bienes, obras o servicios a un oferente en particular en desarrollo de una obligación legal.*
- 2. La adquisición de bienes o servicios de consumo masivo ofrecidos al público en general en condiciones uniformes.*
- 3. La adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras al amparo de Acuerdos Marco.*
- 4. Cuando la participación de los servidores públicos en juntas o consejos directivos se realiza en virtud de un mandato legal.*
- 5. Los celebrados en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política.”²⁴⁹*

El tema relacionado con las prohibiciones sobrevinientes del artículo 27, en la Ley 80 de 1993 también se menciona señalando que el contrato debe ser cedido por el

²⁴⁸ Articulado Reforma. Colombia Compra Eficiente. Junio de 2016

²⁴⁹ Ibid.

contratista si se llegasen a dar prohibiciones sobrevinientes, lo que diferencia al estatuto y a la reforma, es que la última indica que si se llegase a presentar la prohibición relacionada con ser declarado fiscalmente responsable, el contratista debe pagar la obligación y ser excluido de la lista de fiscalmente responsables para así seguir con la ejecución del contrato, pero si pasados treinta días no soluciona su situación debe ceder inevitablemente el contrato; así mismo indica que si esa prohibición afecta al proponente plural debe ceder el contrato a un tercero que mejore las condiciones ofrecidas, situaciones que no se presentaban en el Estatuto de Contratación y que de pasar la reforma hace más fácil para el contratista continuar dentro de una ejecución contractual cumpliendo con la pactado.

Al observar por completo las prohibiciones planteadas en la reforma se observa que retoma lo planteado anteriormente por la Ley 80 de 1993 pero planteándolo de forma que esté acorde con los avances que en materia contractual hay hasta el momento sin dejar por fuera de la esfera ningún aspecto que permita que lo planteado en la reforma sea burlado, pero así mismo puede ser laxo en algunos aspectos puntuales, pero tal y como está enfocado dichas prohibiciones serían una buena herramienta para reducir un poco la corrupción.

Finalmente en lo relacionado con el conflicto de intereses si bien es cierto es algo nuevo en materia contractual porque ninguna de las normas expedidas por el legislador había sido planteado se observa en el artículo cierta ambigüedad, puesto que conocemos en palabras básicas que hay conflicto cuando existe mentís entre el interés particular y el interés general del servidor público en la toma de decisiones en un caso determinado, tal y como lo plantea la Ley 734 de 2002:

“ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. *Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

*Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido*²⁵⁰

Pero al detenerse a pensar en el artículo planteado en la reforma, el mismo no es claro y deja interrogantes al intérprete de la misma puesto que si bien es cierto ya se sabe en qué consiste el conflicto de intereses, y lo señalado por Colombia Compra es que hay conflicto cuando hay contradicción entre el interés particular del servidor e interés general en el proceso de abastecimiento pero que explícitamente la ley no indica cuales serían

²⁵⁰ COLOMBIA. Ley 734 de 2002. Diario Oficial 44.708. Febrero 13 de 2002.

las posibles causales, deja un sin sabor porque si bien es cierto enuncia que la agencia debe definir dichos lineamientos, deja el vacío en el articulado ya que en ninguna parte de la reforma hace mención a cuáles serían las posibles causas que generen el conflicto, haciendo que sea un artículo inconcluso y sin sentido porque como ya se mencionó el intérprete sabe la definición pero no cuenta con las herramientas para desarrollarla.

Es así como la jurisprudencia a su vez manifiesta su concepto sobre el conflicto de intereses, pero no se especifica claramente cuáles serían las causales:

La consagración de la existencia de conflicto de intereses frente a decisiones que puedan afectar el interés público, resulta de la necesidad imperativa de garantizar la imparcialidad y transparencia, así como la igualdad de los administrados interesados en una actuación del Estado, como, por ejemplo, lo ha sostenido esta Corporación refiriéndose al caso de los congresistas "...se infiere que el conflicto de intereses ocurre cuando el congresista sea alcanzado por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial..."²⁵¹

Para incluir de manera efectiva el conflicto de intereses en la reforma contractual, la agencia debe ser más clara al plantear el artículo complementándolo con los lineamientos que indica deben fijar, de lo contrario como se dijo anteriormente no tiene razón de ser incluir normas que no enriquezcan al intérprete sino que lo lleven a obtener respuestas inconclusas al momento de hacer aplicación de la norma.

²⁵¹ COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 11001-03-06-000-2006-00080-00(1767). Magistrado Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Agosto 10 de 2006.

CONCLUSIONES

- La corrupción es un fenómeno que viene desde Aristóteles, derivando de factores políticos, económicos, históricos, etc., cuyo estudio se ha llevado a cabo no solo en el derecho sino también en la psicología, sociología, criminología y ética, entendiendo que es una degradación de valores en una sociedad en que en cada uno de sus individuos hay una crisis de valores. Teniendo presente el desarrollo de cada uno de los estados y cuál es el punto de vista de la moralidad.
- Para llegar a un concepto preciso de corrupción como vimos en el desarrollo del primer capítulo, es necesario observarlo desde diferentes puntos de vista, ya que hay autores que clasifican la corrupción en pública y privada o mejor aún en corrupción negra, gris y blanca, pero siempre encaminada a la vulneración de las normas, teniendo como consecuencia el desperdicio e ineficiencia en el manejo de recursos, por ello es prudente citar el concepto de corrupción establecido por el Dr. Castro Cuenca que indica “la desviación del interés público que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extra posicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración pública con los particulares”²⁵². Siempre en contra del interés general con tal de satisfacer el interés particular.
- Por ello, la corrupción es un fenómeno que se disfraza a través de diferentes delitos, contraviniendo la ley a favor de unos pocos buscando un provecho personal, abusando el servidor público del poder que detenta dentro de una Administración Pública, afectando de manera directa el desarrollo de un Estado, puesto que no permite que la gestión estatal sea eficiente y oportuna cuando de necesidades se trata; puesto que el servidor va a delinquir sabiendo que tiene tanto razones económicas, políticas, institucionales, sociales, etc., con las cuales aumentará su patrimonio, recibirá favores personales, con la seguridad de que quedará impune, siendo esto factible en muchas ocasiones, pero que con las medidas tomadas por el Gobierno Nacional es más eficaz la regulación de los entes de control en estos casos.
- La moralidad de un estado tiene mucho que ver con la apreciación que tengan de la corrupción, puesto que el fenómeno se puede ver desde diferentes perspectivas, de acuerdo al punto de vista del ciudadano, ya que puede que haya conductas que para la sociedad deberían ser sancionadas y por otro lado se dan situaciones que para la mayoría las conductas no generen ningún efecto en la

²⁵² Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Carlos Castro Cuenca. Ed. Universidad del Rosario. 2009.

sociedad permitiéndole su ejecución, y para la minoría pueden ser conductas catastróficas para el desarrollo social.

- Por otra parte, encontramos que la corrupción tiene unas características específicas con las cuales se hace más plausible su identificación, por ejemplo el fenómeno se da dentro de un sistema normativo y por lo tanto no se puede considerar un fenómeno político, en el mismo debe haber un abuso de poder ya que se necesita de un autor para delinquir, dentro de sus formas está el soborno y la extorsión ya que con ello se busca que el servidor no cumpla con los deberes propios de su función y el servidor va siempre dirigido a obtener beneficios económicos o extra posicionales.
- Los efectos de la corrupción en la contratación pueden ser adversos en el sentido de que afecta al gobierno, a la población y a las instituciones en general, haciendo que haya un impacto social implacable, se genera un detrimento patrimonial en la Administración Pública, conllevando a que haya menor inversión social, estancando el desarrollo del Estado y aumentando la pobreza, y a su vez a nivel institucional no se puede llevar a cabo las políticas propuestas en los planes de gobierno. También se generan trabas en la gestión estatal y como corolario a todo lo anterior se da un deterioro a la legitimidad del sistema. Pero así como trae efectos negativos, así mismo puede traer positivos, como lo dice Transparencia Internacional, con la corrupción se crean flujos económicos paralelos y neutrales que hacen que haya una especie de lubricación de la economía en el país.
- El ordenamiento normativo a nivel contractual ha buscado llenar vacíos que una norma tras a otra ha dejado, es por ello que en cada norma que el legislador expide promueve temas que van acorde al avance y a la actualidad nacional puesto que día a día surgen más incógnitas y a su vez más son las artimañas que tienen los servidores públicos para fomentar la corrupción.
- La producción normativa puede ser eficiente y eficaz en algunos casos y en otros no, a mi parecer esa generación de normas y normas hace que se demuestre la inestabilidad jurídica que tiene el estado, lo ideal sería que en materia contractual se fije una norma precisa, ya sea que se adopte, pero que finalmente acapare todos los espacios y llene los vacíos que normas anteriores han dejado.
- Que Colombia Compra Eficiente tome el control de la contratación adoptando el derecho blando en la legislación colombiana; en mi forma de ver puede ser algo efectivo teniendo en cuenta que la mayoría de las entidades estatales al momento de contratar aplica de forma específica los manuales, guías y documentos tipo expedidos por la agencia, así que unificar los procedimientos a aplicar en materia

de contratación así como la norma es esencial para combatir la corrupción, que si bien es cierto no se podrá cubrir desde todos flancos, si logrará reducirla en cierto porcentaje.

- Si bien es cierto, el derecho blando tiene efectos buenos y malos en el ordenamiento jurídico como se vio anteriormente; la experiencia parcial que tiene Colombia con la aplicación de manuales y guías de la agencia, hace ver que en Colombia puede tener buenos resultados hacer que esos documentos tomen el efecto vinculante y obligatorio para fortalecer todavía más la actuación de los servidores públicos a cargo de la contratación, facilitando la aplicación de la norma.
- La nueva reforma que ofrece Colombia Compra Eficiente para la contratación estatal, abre las puertas a nuevas posibilidades, pero hay aspectos que deben ser todavía mejorados, ya que no permiten que el intérprete de la misma, ya que por ejemplo en el tema relacionado con el conflicto de interés no es claro y se tiene la sensación de que es un artículo incompleto que o debe ser retirado o en su defecto completado para una mayor comprensión.
- Si bien es cierto el hecho de que existan muchas normas de un solo tema en particular no significa que por ello la corrupción vaya a reducirse de una forma admirable, puesto que siempre de una u otra forma los servidores que buscan la forma fácil de acceder a dádivas o favores personales ya sea para sí o para terceros, buscará la forma más propicia para burlar la norma, pero cada vez en Colombia no damos cuenta que así como se reforman las normas en contratación, así mismo el legislador endurece las sanciones y penas para castigar los delitos que atentan contra la administración pública. De allí que además de existir los entes de control que constantemente están atentos al manejo de los recursos y su inversión en cada una de las entidades estatales, se han ido creando más entidades que contribuyan a apoyar de forma más precisa y permitir que la transparencia en la contratación sea un principio por decirlo supremo que deben tener siempre las entidades al momento de contratar junto con los demás principios contractuales.
- La producción normativa está surgiendo conforme a los avances acorde a la globalización y a los consejos que los organismos internacionales ofrecen en materia contractual, pero mientras los servidores públicos no dejen de preparar y amañar los pliegos para un beneficiado en particular, será muy difícil combatir la corrupción así exista multiplicidad de normas ya que al parecer el servidor ve con facilidad burlar las normas tal vez porque las sanciones no son tan rígidas como se espera o la comprobación de la conducta no es efectuada de forma efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO Oñate, Rocío. La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la transparencia y eficiencia en la contratación estatal?. editorial Universidad del Rosario. 2011.
- BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2004.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Motivos de la reforma. Junio de 2016.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Articulado de la reforma. Junio de 2016.
- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. DOCUMENTO INTRODUCCION DECRETO 1510 DE 2013.
- CASTRO Cuenca, Carlos. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Editorial Universidad del Rosario. 2009.
- CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD. Informe nacional de competitividad. Capítulo 12. Corrupción.
- BOTERO María H. CARDOZO Luis. El poder electrónico para la gente: un desafío para la democracia contemporánea. Desafíos número 22. 2010.
- DAVILA, Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera edición. Editorial Legis. 2016.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos. 2009.
- DIRIENZO Cassandra E., Das Jayoti, Cort Kathryn T. and Burbridge Jr John. Corruption and role of information. Journal of International Business Studies.
- ESCOBAR Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. 2000
- FANDIÑO Gallo, Jorge Eliecer. Régimen Jurídico del Contrato Estatal. Editorial Leyer. 2009.
- GARCÍA Mexia, Pablo. Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea. Editorial Aranzadi. 2003.
- GARZÓN Valdés, Ernesto. La Corrupción Política. Alianza Editorial. 1994.
- GÓMEZ Llaca, Edmundo. Corrupción. Patología Colectiva. Editorial Inap. 2005.
- GÓMEZ Lee, Ivan Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios Decreto 734 de 2012. Editorial Legis. 2015.

- GÓMEZ Lee, Ivan Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Editorial Legis 2013.
- GÓMEZ Lee, Ivan Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013. 2014. Editorial legis. 2014
- GÓMEZ Lee, Ivan Darío. El derecho de la contratación pública en Colombia. Análisis y comentarios a los reglamentos – Nuevo Decreto 1082 de 2015. Editorial legis. 2015.
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús. Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas. Editorial Thomson Civitas. 2006.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z. Madrid, 2009. Traducción de Isabel Sánchez Gil.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. Governance, corruption and economic performance. Washington D.C. 2002.
- JOJOA, Bolaños, Alexander. Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales. Editorial Ibañez. 2012.
- KLITGAARD, Robert. Controlling Corruption. Editorial University California Press.1988.
- KOTHIN, Stephen & SAJÓ, András. Political corruption in transition. A. Skeptics Handbook. Central European University Press. 2002.
- MEJIA Mejía, Alvaro y CIFUENTES Trujillo, Jhon Jaime. La Contratación del Estado a partir del año 2012. Editorial Dike.2012.
- MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES DE COLOMBIA. Cero papel en la Administración Pública. 2011.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE) COLOMBIA. La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. 2014
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO (OCDE). Acces for tax authorities to information Gathered by Anti-money laundering authorities. Centre for tax policy and administration. 2007.
- PACHON Lucas, Carlos. Contratación Pública. Ediciones Nueva Jurídica. Quinta Edición. 2012.
- PALACIO Hincapié, Juan Ángel. Transparencia en la contratación del Estado. Editorial doctrina y Ley. 2007.
- PASTORE BALDASSARE. Soft law y la Teoría del Derecho. Soft Power. Volumen 1. 2014.

PINO Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2005.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual. 2011.

QUINTERO M, Andrés y MUTIS V, Andrés. Los contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Editorial Temis. 1995.

RESTREPO Medina, Manuel Alberto. El Derecho Administrativo en los Albores del siglo XXI. Ed. Universidad del Rosario.

ROSERO Melo, Bertha Cecilia. Contratación Estatal, Manual teórico práctico. 2011.

SANCHEZ Pérez, Alexander. Las Normas de Derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2012.

SARMIENTO. Daniel. El Soft Law Administrativo. Editorial Thomson Civitas. 2008.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2000.

SOLANO Sierra, Jairo Enrique. Contratación Administrativa. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2010

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Revista Economía Colombiana. Contratación Estatal: Transparencia y Eficiencia. Octubre de 2007.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Barómetro global de la corrupción 2013. Informe Colombia.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Consecuencia de la corrupción en términos de crecimiento y desigualdad. 2014.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Convenciones Anticorrupción. Lo que la sociedad civil puede hacer para que funcionen. Berlín, Alemania. 2006.

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes. 2007.

UNIVERSIDAD DEL VALLE. La corrupción y los costos de transacción. Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Cuadernos de administración N°. 33. 2005

VILLORIA Mendieta, Manuel. La Corrupción Política. Editorial Síntesis. 2006.

MARCO NORMATIVO

Decreto 222 de 1983. “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 36.189. Febrero 6 de 1983.

Constitución Política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116. Julio 20 de 1991.

Estatuto General de Contratación. Ley 80 de 1993. Diario Oficial 41.094. Octubre 28 de 1993.

Código Único Disciplinario. Ley 734 de 2002. Diario Oficial 44.708. Febrero 13 de 2002.

Ley 1150 de 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Diario Oficial 46.691. Julio 16 de 2007.

Decreto 2474 de 2008. “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 47.043. Julio 7 de 2008.

Estatuto Anticorrupción. Ley 1474 de 2011. Diario Oficial 48.128. Julio 12 de 2011.

Decreto 734 de 2012. “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial 48.400. Abril 13 de 2012.

Decreto 1510 de 2013. “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. Diario Oficial 48.854. Julio 17 de 2013.

Decreto 1082 de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”. Diario Oficial 49.523. Mayo 26 de 2015.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Abril 25 de 2012.

Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). Magistrado ponente: Ruth Estela Correa Palacio. Septiembre 28 de 2011.

Consejo de Estado. Radicado 6600-12-331-000-2009-0087 -02. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional. Sentencia T-463-2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Mayo 3 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia del D-643-1995. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Abril 20 de 1995.

Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767). Magistrado ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Enero 31 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia 693-08. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Julio 9 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia 711-12. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Septiembre 12 de 2012.

Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476). Magistrado ponente: Ruth Estela Correa Palacio. Septiembre 28 de 2011.

Consejo de Estado. Radicado 6600-12-331-000-2009-0087 -02. Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional. Sentencia T-463-2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Mayo 3 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia del D-643-1995. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Abril 20 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-932-07. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Noviembre 8 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia 489-96. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre 26 de 1996.

Consejo de Estado. Radicado 11001-03-06-000-2006-00080-00(1767). Magistrado
Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Agosto 10 de 2006.

Consejo de Estado. Radicado 244966 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202. Magistrado
Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Agosto 20 de 1998.

PÁGINAS WEB

www.colombiacompra.gov.co

www.senado.gov.co

www.transparency.org

www.elmundo.co

www.ticbeat.com

www.modernizacion.gob.cl

www.consejodeestado.gov.co

www.uv.es

www.bancomundial.org

www.unpan.org

ÍNDICE DE AUTORES

- ARAUJO Oñate, Rocío. 81, 82, 83.
- BENAVIDES, José Luis. 62.
- CASTRO Cuenca, Carlos. 8, 9, 10, 11, 14, 15, 34, 35, 40, 41, 42, 46, 52, 53, 86, 102, 106, 108
- CIFUENTES TRUJILLO, Jhon Jaime. 96, 97.
- DAVILA Vinueza, Luis Guillermo. 54, 55, 56, 85.
- ESCOBAR Gil, Rodrigo. 65, 69, 85, 87, 109, 116.
- FANDIÑO Gallo, Jorge Eliecer. 66, 67.
- GARCÍA López, Luisa Fernanda. 86, 102, 106, 108
- GARCÍA Mexia, Pablo. 16, 17, 18
- GARZÓN Valdés, Ernesto. 10, 11, 31, 32, 33, 54
- GOMEZ Lee, Iván Darío. 84, 93, 94, 97, 98, 99, 105, 106, 107, 112, 113, 115, 116
- GONZÁLEZ Llaca, Edmundo. 7, 13
- GONZÁLEZ Pérez, Jesús. 8, 9, 48, 49, 63
- JOJOA Bolaños, Alexander. 64, 65, 66.
- KOTHIN, Stephen. 18
- MUTIS V, Andrés. 64, 62.
- PACHON Lucas. 96, 97.
- PALACIO Hincapié, Juan Ángel. 60, 64, 68
- PINO Ricci, Jorge. 53, 54.
- QUINTERO M, Andrés. 62, 64.
- RESTREPO Medina, Manuel Alberto. 61.
- ROSERO Melo, Bertha Cecilia. 56, 57, 58, 60
- RUIZ Salazar, José Armando. 139, 143, 148, 150, 152, 157, 159, 160, 162, 167, 168, 169, 173, 174, 175, 196, 206, 209, 213, 215, 219, 221, 222, 223, 225, 228, 230, 235, 236, 238
- SAJÓ, Andrés. 18
- Sánchez Pérez, Alexander. 69, 70, 71, 75, 97.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. 62.
- SARMIENTO, Daniel. 71, 61, 63, 95.
- SOLANO Sierra, Jairo Enrique. 52, 63,64, 81, 82.
- URIBE García, Saúl. 149, 150, 158, 160, 161, 184, 185, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 209, 210, 214, 221, 223, 224, 229, 231, 232, 235
- VILLORIA Mendieta, Manuel. 11, 12, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 39