



La corrupción en el marco de la contratación estatal

Ángela Stella Duarte Gutiérrez¹

Johanna Azucena Duarte Olivera²

Introducción

La presente disertación se abordará en el marco de un plan metodológico que consagra una investigación explicativa o causal, por cuanto la investigación explicativa busca la razón de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa y efecto, y con ello el estudio de hipótesis y de variables producto del resultado y conclusiones de la investigación efectuada. Lo que permitió recolectar la información necesaria para responder a la siguiente pregunta: ¿Cuenta el Estado colombiano con herramientas jurídicas suficientes e idóneas para enfrentar la corrupción en el marco de la contratación pública?

1 Ángela Stella Duarte Gutiérrez, Abogada, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magíster en Derecho Público, Magistrada del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima.

2 Johanna Azucena Duarte Olivera, Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Maestranda en Derecho, Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Departamental del Tolima.

Reseña histórica de la corrupción en el marco de la contratación estatal en Colombia

En Colombia la lucha contra la corrupción es reciente, sin desconocer que las formas como se han malgastado los recursos públicos y se ha incurrido en prácticas corruptas dentro del Estado data de épocas pasadas. Hoy se reconoce, que la toma de conciencia para defender lo público ha despertado, y los mecanismos de participación ciudadana han facilitado denunciar estos hechos. Mecanismos éstos que fueron introducidos en la Reforma Constitucional de 1991, ordenamiento que se preocupó por dar mayor legitimidad al Estado y generar confianza en las instituciones. Esto explica que las normas encaminadas a defender la moralidad pública sean de reciente configuración.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 209, establece que “la función administrativa, está al servicio de los intereses generales, se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”

Frente a los nuevos retos y expectativas que trajo consigo la expedición de la Constitución del 1991, era evidente que el Decreto 222 de 1983, que regía la contratación administrativa, no las iba a atender, por lo que se hizo necesario que el legislador expidiera un Estatuto para la Contratación Estatal bajo el esquema del Estado Social de Derecho.

Fue así como el legislador, en cumplimiento a las funciones que le asignó la Constitución de 1991, expidió la Ley 80 de 1993, para corregir las falencias advertidas en el estatuto anterior y poner a tono la actividad contractual con el nuevo catálogo de principios que introdujo la Carta Superior. Esta Ley fue objeto de múltiples demandas y la mayoría de sus artículos fueron declarados exequibles por la Honorable Corte Constitucional.

La Ley 80 de 1993 fue reglamentada mediante **múltiples** decretos, sin embargo, ninguno de ellos introdujo cambios sustanciales para hacer más eficiente y transparente la contratación estatal. La mayoría propusieron reformas al procedimiento y no a aspectos relevantes como las modalidades de selección, el respeto por la igualdad de oportunidades o el logro eficiente del fin de la contratación pública, cual es la satisfacción de necesidades.

Se expide luego la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993. En algunos de sus artículos introduce normas tendientes a combatir la corrupción administrativa, sin que hasta el momento este objetivo se haya logrado.

Posteriormente, se aprueba la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anti-corrupción”, por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” como instrumento para frenar la corrupción que carcome los recursos públicos y desangra el presupuesto oficial, la que a corto plazo no ha arrojado los resultados esperados.

Igualmente, se contó con el Decreto 734 de 2012, que reglamentó las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se preocupó por introducir un tecnicismo jurídico en los temas que aborda la contratación estatal y estructurar de mejor manera su articulado, pero por no establecer verdaderas herramientas para la lucha contra la corrupción o crear mecanismos expeditos que apuntaran a contrarrestarla desde la misma administración, su vigencia no perduro en el tiempo, lo que dio origen a la expedición del Decreto el 1510 de 2013, hoy compilado en el Decreto 1082 de 2015.

Bajo este contexto, y en el entendido que la Contratación Estatal es la herramienta con que cuenta la administración municipal, departamental y nacional para hacer efectivo los fines esenciales del Estado (artículo 2 CP/91), y mediante esta ejecutar los presupuestos en

concordancia con los planes de desarrollo, se considera conveniente analizar si los mecanismos jurídicos que posee el Estado Colombiano en materia de contratación, son suficientes e idóneos para enfrentar la galopante corrupción que ha permeado las instituciones públicas, bajo el auspicio de los particulares contratistas, que en su condición de colaboradores del Estado, sin ningún recato buscan un interés personal, con claro desconocimiento del rol que les corresponde en la búsqueda del interés general.

En otros casos, la concepción que se tiene de la contratación estatal es errada, en especial, para quienes la consideran como la herramienta propicia para ejecutar el presupuesto sin ninguna planeación, y para atender compromisos políticos que satisfagan intereses clientelistas. Esta es la cruda realidad por la que atraviesa la contratación estatal en Colombia, la que ha estado rodeada de escándalos y cuestionamiento de diferente índole, donde se han visto involucrados gobernantes, políticos, contratistas, abogados asesores, concejales, entre otros actores públicos.

Se debe reconocer entonces, que el Estado colombiano, en el plano institucional, está deslegitimado, por eso uno de sus mayores retos es volver a legitimar su existencia y la de las instituciones que lo integran, pues el problema de legitimidad está unido al alto nivel de corrupción que existe en el país, lo que genera pérdida de credibilidad en los dirigentes y en las instituciones, bajo crecimiento económico, desconfianza en la inversión extranjera, bajas tasas de empleo, entre otros.

El fenómeno de la corrupción también ha generado un estigma a los servidores públicos a quienes se califica –extra juicio– de corruptos. Por fortuna, en Colombia esa no es la regla, sino la excepción, pues también se debe decir que en la administración pública existen servidores públicos honestos que no se han dejado permear por los focos de corrupción.

No se trata de negar la incuestionable realidad de la corrupción administrativa con pleno desconocimiento de la moralidad pública.

Sin embargo, la lucha contra la corrupción se considera viable, razón por la cual se deben emprender acciones preventivas y correctivas para combatirla, y por sobretodo descender al plano ético del servidor público.

En la última década, la corrupción ha desbordado los límites de instituciones públicas y privadas, dejando en el ambiente la imperiosa necesidad de introducir cambios sustanciales, en el ordenamiento jurídico vigente y en la intervención de los organismos de control, los que en el marco de la contratación estatal, han visto su capacidad desbordada y permeada por las estrategias diseñadas por servidores públicos y contratistas interesados solo en obtener provecho personal, dejando de lado el fin último de la contratación estatal, cual es la búsqueda del interés general. Este provecho los ha llevado a estar incurso en investigaciones penales, disciplinarias y fiscales, al desplegar conductas que merecen reproche, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, y que genera consecuencias y sanciones para quienes las cometan, además frenan y retrasan las obras y proyectos adelantados por el Estado y producen hondas y profundas repercusiones en el patrimonio público y en la inversión social.

En concepto de Beltrán (2012), esta situación obedece, sin duda, a la inexistencia de mecanismos jurídicos sólidos que permitan prevenir de forma eficiente la acción irregular de los contratistas y servidores públicos que, amparados bajo la insuficiente, deficiente y laxa normatividad existente, asignan los contratos y los recursos a organizaciones que día a día defaltan las arcas del Estado³.

Es por esto que el presente ensayo surge de la necesidad de establecer si el Estado colombiano, bajo el actual contexto jurídico y social, cuenta con las herramientas jurídicas suficientes e idóneas para enfrentar la corrupción en el marco de la contratación admi-

3 Beltrán Flórez, Andrés (2012) Contratación pública diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011. Bogotá D. C.: Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.

nistrativa, toda vez que en los últimos años en el contexto nacional, regional y distrital, se han presentado múltiples escándalos, como los de los hermanos Nule, el exalcalde de Bogotá, Samuel Moreno, y el de los concejales que en su momento integraron la Corporación **pública del Distrito Capital, hechos que evidencian**, sin temor a equívocos, como la corrupción ha permeado la administración **pública** en varios de sus contextos y en las más altas esferas, siendo imperioso diseñar instrumentos adecuados y eficaces que le permitan al Estado colombiano contar con mecanismos de autocontrol para reducir los riesgos de corrupción en la contratación.

Pues no se concibe hoy, que existiendo en el ordenamiento jurídico colombiano y, en especial, en el Estatuto Contractual, disposiciones que prevén la intervención de los organismos de control como la Procuraduría, la Contraloría; de investigación como la Fiscalía; de participación ciudadana como las veedurías, y oficinas de control interno, la Comisión Nacional y Regional de Moralización, la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, instituidas para verificar la correcta aplicación de los principios que rigen la Contratación Administrativa (transparencia, publicidad, responsabilidad, economía), y por sobre todo, para velar que con su intervención se materialicen los fines del Estado (artículo 2 de la CP/91), no arrojen los resultados esperados y, por el contrario, estos cada día sean más desalentadores, lo que origina una gran desconfianza en el ciudadano frente a las acciones que emprende el Estado para contrarrestar la corrupción.

Definiciones concernientes al marco jurídico-normativo de anticorrupción aplicable a la contratación pública en Colombia

Corrupción. Es la acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar). El concepto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española (RAE), se utiliza para nombrar al vicio o abuso en un escrito o en las cosas no mate-

riales. La corrupción, por lo tanto, puede tratarse de una depravación moral o simbólica. Por ejemplo: “No debemos tolerar la corrupción en la administración pública por presiones políticas”.

Mecanismos de participación ciudadana. Agrupan herramientas establecidas en la Constitución de 1991 para asegurar e incentivar la movilización de la población colombiana. Todos los individuos de nuestra sociedad con capacidad de voto tienen el derecho de poner en práctica el uso de los mecanismos de participación para asegurar su compromiso en la toma de decisiones y la resolución de los problemas que afectan el bien común. Es objetivo de los mecanismos de participación ciudadana brindar garantías y beneficios para que el pueblo colombiano pueda incidir en cambios dentro de los sistemas judicial, ejecutivo y legislativo.

Legitimidad. Término utilizado en la Teoría del Derecho, en la Ciencia Política y en Filosofía que define la cualidad de ser conforme a un mandato legal, a la justicia, a la razón o a cualquier otro cierto mandato.

Moralidad pública. El director y profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional (Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Argentina) Santiago Legare, nos da una delimitación de “moral” en su trabajo “Ensayo de Delimitación del Concepto de Moral Pública”, en tres partes:

“En la primera se muestra cómo en los Estados Unidos la moral pública se entiende en el contexto más amplio del poder de policía y se explica la evolución del derecho sobre la materia hasta llegar al presente. En la segunda, se procura encontrar una definición razonable de moralidad pública, útil tanto para el caso estadounidense como para otros ordenamientos jurídicos que incorporan aquel concepto. Se concluye, por un lado, que para que la moralidad pública esté comprometida, debe existir una conducta verdadera y realmente inmoral. Este es un parámetro objetivo, que no se satisface con ape-

laciones a la tradición o a la opinión mayoritaria. Por otro lado, la conducta debe ser pública en el sentido de realizarse en público o tener otras aristas públicas relevantes. En la tercera parte se aporta una caracterización positiva de la moralidad pública como conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública y se realiza una aclaración en materia terminológica” (Tomado de la *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31, n.º 1, pp. 169-182, 2004).

Función Administrativa. Según el Consejo de Estado, la función administrativa es aquella actividad de carácter jurídico ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines (Consejo de Estado, Sección Tercera Radicación número: 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356). Magistrada ponente María Helena Giraldo Gómez).

Contrato Estatal. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato estatal en los siguientes términos: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”. En voz del doctor Juan Carlos Expósito Vélez, en su libro *la Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, lo considera como la relación comercial, de tipo bilateral que celebra la administración con el particular colaborador, por un precio determinado y para la satisfacción del interés público como contraprestación y finalidad al mismo tiempo, previo el análisis selectivo del contratista, si la Ley así lo exige.

Estado Social de Derecho. La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-566 de 1995, define el Estado Social de Derecho en los siguientes términos: “El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su

propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal”.

Principio de transparencia. De acuerdo con el autor Rodrigo Escobar, es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos establecidos puedan ofrecer los bienes, servicios y obras que la administración pública requiera para el cumplimiento de sus fines (artículo 3. Ley 80 de 1993). Este principio es el desarrollo del derecho de igualdad en donde todos los ciudadanos tienen el derecho al libre acceso a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado, por lo tanto, se impone una prohibición al Estado de establecer reglas restrictivas que no estén plenamente justificadas por el interés general.

Órganos de control. Son entidades de la administración pública cuya finalidad es prevenir, detectar y abatir posibles actos de corrupción. Asimismo, promueven la transparencia y el apego a la legalidad de los servidores públicos, mediante la realización de auditorías y revisiones a los diferentes procesos de las instituciones gubernamentales; así como la atención de quejas, denuncias, peticiones ciudadanas, resoluciones de procedimientos administrativos de responsabilidades y de inconformidades.

Veedurías Ciudadanas. Se entiende por veeduría ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el

país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público. Dicha vigilancia, según lo dispone el artículo 270 de la Constitución Política, se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que, en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley. Una veeduría ciudadana, de acuerdo con la Ley 850 del 2003, es un mecanismo democrático de representación de los ciudadanos o de las organizaciones comunitarias, que permite vigilar la gestión pública de autoridades y entidades estatales o privadas, o de organizaciones no gubernamentales, en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que total o parcialmente se empleen los recursos públicos.

Contratista. Siendo una de las partes dentro del contrato una entidad estatal, la otra parte puede ser otra entidad estatal o una persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal, por lo tanto, se tiene que entrar al estudio de la capacidad jurídica tanto de estas personas como de la asociación creada por la Ley. En todo caso el contratista es un colaborador del estado y debe actuar con apego a la ley, en la búsqueda de los fines esenciales que este se propone.

Principios. Son normas que ordenan que “algo” sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por lo tanto, los principios son mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, lo cual es un punto decisivo para la distinción entre regla y principio.

Marco jurídico-normativo de anticorrupción aplicable la contratación pública en Colombia

NORMA	OBJETO
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991	Art. 2. Fines del Estado. Regula las finalidades de la contratación pública en el marco de los fines del Estado.
LEY 80 DE 1993	Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
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.
LEY 1474 DE 2011	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
DECRETO 4170 DE 2011	Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.
DECRETO LEY 19 DE 2012	Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
LEY 1712 DE 2014	Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 103 DE 2015	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 1082 DE 2015	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.
LEY 1882 DE 2018	Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.
DECRETO 392 DE 2018	Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad
DECRETO LEY 2106 DE 2019	Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.

NORMA	OBJETO
DECRETO 342 DE 2019	Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional., y se adoptan los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.
DECRETO 440 DE 2020	Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19
DECRETO 537 DE 2020	Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

Fuente: Propia de las autoras

Conclusión

En Colombia existe un marco jurídico-normativo sólido para combatir la corrupción en la contratación pública, no obstante, se requiere de mayor efectividad, eficiencia y eficacia por parte de los órganos de control internos para que se dé cumplimiento oportuno y adecuado al contenido que integra este compendio normativo. Lo anterior, permitiría la consolidación de importantes avances en el desarrollo y la aplicación de los procesos de contratación dentro de las entidades estatales, para regular mejor el ejercicio de las diversas modalidades o formas de selección que se adelantan o surten dentro de ellas.

Referencias

Beltrán, A. (2012) Contratación pública diagnóstico y análisis a partir de la Ley 1474 de 2011. Bogotá D. C.: Universidad de la Sabana.

Código Contencioso Administrativo (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Código Penal Colombiano (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 2001-0178-01 del 13 de marzo de 2013. Exp. ACU-356. MP: María Helena Giraldo Gómez.

Constitución Política de Colombia (2002), Editorial Legis, CD-ROOM.

Corte Constitucional. Sentencia C-566 del 30 de noviembre de 1995, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas.

Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura.

Decreto Ley 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Decreto 734 de 2012. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

Decreto 103 de 2015. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.

Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Decreto 392 de 2018. Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad.

Decreto Ley 2106 de 2019. Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.

Decreto 342 de 2019. Por el cual se adiciona la Sección 6 de la Subsección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.,

y se adoptan los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

Decreto 440 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19.

Decreto 537 de 2020. Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Expósito, J. (2003) La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español., Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Lamprea, P. (2007) Contratos Estatales., Bogotá D. C.: Temis.

Legarre, S. (2004) Ensayo de delimitación del concepto de moral pública. Revista *Chilena de Derecho*, 31 (1) p. 169 -182.

Ley 80 de 1993. Estatuto de Contratación Estatal.

Ley 87 de 1993. Régimen de Control Interno.

Ley 190 de 1995. Ley Anticorrupción.

Ley 734 de 2002. Código Único Disciplinario.

Ley 850 de 2003. Ley de Veedurías Ciudadanas.

Ley 1150 de 2007. Reforma Ley 80 de 1993.

Ley 1474 de 2011. Ley Anticorrupción.

Matallana, E. (2013) Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80 de 1993, 3ª ed., Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Rico, L. (2009) Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá D. C.: Leyera.