

CORRUPCIÓN Y PROBIDAD EN LOS CONTRATOS
ESTATALES, LEGISLACIÓN COLOMBIANA

ESTUDIANTE
ENILSA ESTHER RODRIGUEZ CONTRERAS

PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR EL TÍTULO
DE MASTER EN DERECHO
PROFUNDIZACIÓN EN ADMINISTRATIVO

DIRIGIDA POR EL DOCENTE: Dr. FÉLIX HOYOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SEPTIEMBRE 2011

NOTA DE ACEPTACIÓN

Director del Trabajo de Investigación

Jurado

DEDICATORIA

Doy gracias a Dios, por iluminar mis pensamientos.

Por llenarme de voluntad cada día. Por ser mi fortaleza y

Refugio en los momentos más difíciles.

A mis padres esposo e hijos por su gran apoyo. Por ayudarme a seguir y hacer realidad mis sueños más anhelados. Todos sus invalorables esfuerzos por hacer de mí una persona de bien.

A mis profesores y amigos de estudio, porque con su entrega y dedicación construyeron paso a paso lo que soy profesionalmente, por inculcarme y guiarme siempre en la consecución de mis metas.

Muchas Gracias

ENILSA RODRIGUEZ CONTRERERAS

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
1. MARCO REFERENCIAL	7
2. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN.....	35
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	35
2.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN CUANTO A LA CORRUPCIÓN, PARALELISMO DE LA LEY 80 DE 1993, FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y PROBIDAD.....	48
2.3. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	56
2.4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	67
3. CORRUPCIÓN Y PROBIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	70
3.1. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN Y PROBIDAD	70
3.2. CAUSALES DETERMINANTES PARA LA EXISTENCIA DE ESTOS FENÓMENOS.....	74
3.3. ASPECTOS DETERMINANTES DENTRO DEL MARCO DE LA LEY 80 EN CUANTO A LA ERRADICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA	77
3.4. NUEVOS APORTES DE LA LEY 1150 EN CUANTO A LA FALTA DE PROBIDAD ..	83
4. MODIFICACIÓN AL ESTATUTO CONTRACTUAL (LEY 1150 DE 2007).....	87
4.1. ANTECEDENTES	87
4.2. MOTIVACION	91
4.3. UTILIDAD	94
4.4. TIPICIDAD DE LA REFORMA	99
5. ANALISIS LEY 1474 DE 2011 EN LA CONTRATACION PÚBLICA	104
6. CONCLUSION	116
7. BIBLIOGRAFIA	119

INTRODUCCIÓN

Al comenzar a realizar este ensayo, es de vital importancia recordar que del Derecho administrativo se desprende una herramienta de vital importancia en relación a los distintos avances Sociales, políticos y económicos que hemos venido presenciando. La cual ha sido vital en las relaciones comerciales y contractuales entre el Estado y los particulares.

La contratación pública, herramienta compleja, pero a su vez compuesta de principios orientadores que van de la mano con nuestra carta magna, la cual determina que la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.¹

La importancia de la contratación pública en la época actual constituye un hecho notorio que no requiere mayores sustentaciones. Basta una mirada al cúmulo de funciones que despliega el Estado a través de los contratos para encontrar que una buena parte del presupuesto para gastos de inversión y de funcionamiento está reservada a la actividad contractual. En consecuencia, dado su origen en el patrimonio público y su finalidad dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general, todas las actividades en torno a las cuales se desenvuelve la contratación pública son eminentemente regladas.

Si bien es de recordar que la contratación ha sido ese elemento indispensable en la sociedad desde el momento de que las necesidades de los ciudadanos van creciendo en razón de los cambios Sociales tan rápidos en los que nos vemos envueltos, y que el Estado como garante de los Derechos fundamentales de los ciudadanos y que está en la obligación de

¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 209, 1991.

protegerlos y promover un interés general, es menester no solo señalar los altos índices de corrupción administrativa que nos encontramos a diario sino recalcar las soluciones prácticas que se requieren para desbarajustar esta estructura delincencial de cuello blanco que ha estado acabando con nuestra sociedad, donde se puede observar que los más afectados por estas prácticas corruptas son aquellas personas de escasos recursos que si bien es cierto deben pagar impuestos sin demora alguna ya que de lo contrario estas personas si se verán perseguidas por agentes del Estado para cumplan su deber económico, pero como son pobres tienen que palpar el flagelo de este fenómeno y no encontrando así ni siquiera los servicios básicos como salud y educación ya que ciertas personillas se han sustraído ciertos dinerillos los cuales estaban destinados para cubrir las necesidades de muchos colombianos.

Por tal motivo la corrupción en la contratación pública ha dejado ver las “mañas” institucionales que han gobernado durante varios años, observando que ha llegado el momento de que enfrentemos este monstruo que nunca podrá ser más grande que un pueblo unido un pueblo en pie de lucha enfrentando así las circunstancias que nos afectan donde es necesario doblegar aquel fenómeno para que reine la probidad y la tranquilidad y se dé verdaderamente el estatus que nuestro país tiene como es el de un Estado Constitucional Social Democrático y de Derecho.

1. MARCO REFERENCIAL

Antes del surgimiento del Derecho administrativo, la teoría política reconocía al interés general como el fundamento del buen gobierno: Platón lo consideraba como una de las finalidades que debe guiar a los gobernantes,² Aristóteles lo utilizaba como una forma de identificar una constitución o gobierno puro³ y en roma sería uno de los fundamentos de la conocida frase de cicerón “*salus populi Suprema lex*”⁴. Estas ideas (que) se rescatarían en la ilustración, época en la cual Rousseau lo señalaba como uno de los límites del poder soberano,⁵ Moro lo identificaba como un presupuesto para la inexistencia de una verdadera república (utopía),⁶ y para Locke era uno de los fines de la sociedad y de los gobiernos políticos.⁷ A partir de esta evolución se puede concluir que desde el punto de vista político la corrupción afecta directamente al interés público, pues se origina en el quebrantamiento de dicho interés en aras de la satisfacción de un interés personal.

Con el surgimiento del Derecho administrativo, el interés público fue fundamental en la construcción del concepto material de esta rama del Derecho,⁸ posición criticada por existir eventos en los cuales se realizan

² Platón, Diálogos T.IV, La República, Trad Conrado Eggers Lan, Gredos, Madrid, 1986, p193.

³ Aristóteles, La Política, Libro III, trad, de Manuela García Valdés Gredos Madrid 1988 P 171.

⁴ Cicerón M,T, Las Leyes, Instituto de Estudios Políticos, Madris 1953 P210.

⁵ Rousseau J.J El Contrato Social Trad. Fernando de los Ríos, Espasa Calpe Madrid 1990 P 51.

⁶ Moro T, Utopía, Orbis, Barcelona 1984, pág. 195..

⁷ Locke J, Ensayo Sobre el Gobierno Civil, Trad de Armando Lazaro Ros Aguilar, Madrid 1983, P138.

⁸ Aucoc, L Conferences Sur L'administration et le droit administratif T.I Dunod. Paris 1879. P 15.

actividades administrativas sin razones de utilidad pública.⁹ Sin embargo, en la actualidad sigue teniendo vital importancia, pues es esencial para la determinación de la acción administrativa¹⁰ y de la finalidad del Derecho administrativo,¹¹ y por ello también de la administración pública.

De esta manera, el interés general paso de ser el núcleo del Derecho administrativo a convertirse en un criterio fundamental para determinar la necesidad de la intervención de la administración pública y de la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como se ha reconocido en los estudios especializados sobre el tema en Francia¹² y en España¹³.

El segundo concepto que se utilizó para la elaboración de la noción materialmente de la administración pública es el servicio público, pues el mismo permitió distinguir las actuaciones de naturaleza administrativa de aquellas de carácter particular, y por ello justifico la aplicación de un régimen y una jurisdicción diferente a cada una de ellas.

El Estado, como persona jurídica tiene la facultad de contraer obligaciones, por ello pueden encontrarse antecedentes remotos de contratos celebrados

⁹ Hauriou, M., *Precis de droit Administratif*, Sirey, Paris 1907 P54, cita por ejemplo la expropiación son fines de interés general.

¹⁰ Duez, P Debeyre G, *Triate de droit administratif* Dalloz, Paris 1952 P6.

¹¹ Merkl, A *Teoria general del Derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1935 p 108; Rivero, J, y Walline, J, *Droit administratif*, Dalloz, Paris 2004 P2.

¹² Truchet, D., *Les fontions de la notion d'interet general dans la jurisprudence du conseil d'etat*, Libraire generale de dtoit et de jurisprudence, paris 1977 P31 y ss.

¹³ Nieto A. *Estudios históricos sobre Administracion y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administracion Publica, Madrid, 1986 PP174 y 175.

por el poder público en el Derecho romano¹⁴ en las monarquías medievales¹⁵ para posteriormente ser retomados en los Estados modernos, en una evolución caracterizada especialmente por la rapidez de los cambios legislativos en materia de regulación de las obras públicas,¹⁶ y la paulatina y problemática asimilación doctrinaria de la naturaleza especial de estos negocios jurídicos.

COLOMBIA.

En Colombia, como en el resto del mundo, el origen del reconocimiento de la contratación estatal tuvo una evolución paralela a la de la jurisdicción contenciosa administrativo: el artículo 73.1 de la ley 167 de 1941 (código contencioso administrativo) prohibía que las resoluciones de las autoridades que tuvieran su origen en un contrato fueran acusados ante la jurisdicción contenciosa.¹⁷

Posteriormente, el artículo 1 del acto legislativo 1 de 1945 eliminó la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las

¹⁴ En el Derecho romano de la época de la república se concibió un método para gestionar los servicios públicos a través de entes denominados " *soecitas Publicanorum*", los cuales cumplían funciones públicas por encargo del Estado romano, y eran escogidos por el censor a través de un procedimiento especial denominado " *tributum ex censu*", bajo una serie de condiciones establecidas en documentos llamados " *lex locationis*", Vid Pendon melendez E. " Régimen Jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano" en Castan, S., Régimen Jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano, Dykinson, Madrid 1966; Arias Bonett J.A, *Societas publicanorum*, instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid 1941-1949 pp70 y ss.

¹⁵ Por ejemplo en la ley 5 del título 5 de la partida 5 de las siete partidas, y en la ley IV del título XIV del libro V de la Novísima Recopilación, pueden encontrarse disposiciones especialmente dedicadas al régimen de las almonedas (contratos celebrados por los alcaldes).

¹⁶ Frier, P., *Precis de droit administratif*, Montchrestien, Paris 2004 P231.

¹⁷ Vidal Perdomo J, *Derecho Administrativo*, ob cit pp368 y 369; Garcia Gonzales J *Nuevo Régimen de contratación administrativa*, Dike, Medellín 1994 p 15.

controversias surgidas de los contratos suscritos por la administración.¹⁸ Años más tarde, el decreto Ley 528 de 1964 trasladó al conocimiento de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado ciertos contratos administrativos.¹⁹

Desde el punto de vista sustancial, como sucedió en España, la configuración de los contratos administrativos se presentó inicialmente a través del código fiscal (1912) y otras normas posteriores (ley 61 de 1921 y ley 106 de 1931) que establecieron la exigencia de licitación en determinados contratos.²⁰

Desde mediados del siglo se expidieron en Colombia diversas leyes que regulaban algunos contratos de la administración pública como el “estatuto nacional de compras” (decreto 351 de 1955), “estatuto de empréstito o de operaciones de crédito”(decreto 1050 de 1955), el “estatuto de los contratos interadministrativos” (decreto legislativo 550 de 1960), el “estatuto sobre obras públicas” (ley 4 de 1964, modificada por la ley 36 de 1966).

Sin embargo, no fue sino hasta el decreto 150 de 1976 que estableció una regulación unificada aplicable a los contratos que celebren la nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos,²¹ la cual contemplaba ya una amplia normatividad que regulaba los

¹⁸ Flórez C, “Repaso histórico-analítico de la contratación estatal en Colombia” en :Estatuto general de la contratación de la administración pública Legis Bogotá 20007 p 5.

¹⁹ Vidal Perdomo J, Derecho Administrativo, ob cit pp368 y 369; García Gonzales J Nuevo Régimen de contratación administrativa, Dike, medellin 1994 p 16.

²⁰ García González, J, Nuevo Régimen de Contratación administrativa ob cit p 15

²¹ Art. 1 del Decreto Ley 150 de 1976.

procedimientos como licitación pública,²² la licitación privada ²³ y la contratación directa.²⁴

Sin embargo, la reglamentación presentaba serias falencias como “su excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y de las múltiples instancias de control y revisión”.²⁵ Por lo anterior, se expidió la ley 80 de 1993, que regula la contratación de las consideradas entidades estatales²⁶ y otros aspectos como cláusulas sexorbitantes como la terminación,²⁷ modificación²⁸ e interpretación unilaterales:²⁹ procedimientos como la licitación pública³⁰ y contratación directa:³¹ el registro de proponentes,³² y la tipificación de contratos como el de obra pública,³³ consultoría³⁴, suministro,³⁵ compraventa³⁶ y servicios.³⁷

²² Arts. 21 y 22 del Decreto Ley 150 de 1976.

²³ Arts.23 y 24 del Decreto Ley 150 de 1976.

²⁴ Arts. 31 del Decreto Ley 150 de 1976.

²⁵ García González, J, Nuevo Régimen de Contratación administrativa ob cit p 19

²⁶ Art. 2 de la ley 80 de 1993 “De la definición de entidades, servidores y servicios públicos”

²⁷ Art 17 de la ley 80 de 1993.

²⁸ Art. 16 de la ley 80 de 1993.

²⁹ Art. 15 de la ley 80 de 1993.

³⁰ Art 30 de la ley 80 de 1993.

³¹ Art 24.1 de la ley 80 de 1993

³² Art. 44 del Decreto 222 de 1983.

³³ Arts. 81 y ss del Decreto 22 de 1983.

³⁴ Arts. 115 y ss del Decreto 22 de 1983

³⁵ Arts. 130 y ss del Decreto 22 de 1983

³⁶ Arts. 135 y ss del Decreto 22 de 1983

Con posterioridad a la expedición de la ley 80 de 1993 se expidieron numerosos decretos y leyes que la complementan en diversos aspectos como la contratación directa, el registro de proponentes en las cámaras de comercio, el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE) (ley 589 de 2000), la contratación electrónica y el sistema electrónico para la contratación pública.

Recientemente, se ha promulgado una nueva reforma a la contratación estatal que modifica la ley 80 de 1993 a través de la ley 1150 de 2007 que consagró diversas reformas dentro de las cuales sabe destacar la inclusión de una nueva modalidad de selección de contratistas denominadas selección abreviada,³⁸ y otras figuras relacionadas con la misma como los acuerdos marco de precios, la subasta inversa y procedimientos de adquisición en bolsa de productos.³⁹

Para reglamentar la ley 1150 de 2007 se expidió el decreto 066 de 2008 que reglamentó parcialmente y que contemplo importantes aportes para la búsqueda de la transparencia de la contratación estatal, tales como el establecimiento de los requisitos mínimos del acto de apertura,⁴⁰ la regulación del procedimiento de publicidad en el sistema electrónico para la contratación pública.

³⁷ Arts. 163 y ss del Decreto 22 de 1983

³⁸ Art 2.2 de la Ley 1150 de 2008

³⁹ Art 2.2 de la Ley 1150 de 2008

⁴⁰ Art. 5 del Decreto 2474 de 2008

DE LA CORRUPCION ADMINISTRATIVA.

Al centrarnos al punto que nos compete como es la contratación pública cabe destacar no solo aquella normatividad existente, la cual ha permeado los diferentes problemas jurídicos que se han venido presentando desde los últimos tiempos en cuanto a contratación, sino de aquellos fenómenos que han venido en la actualidad tomado gran trascendencia tanto en el Derecho administrativo como en el Derecho en general, como es el fenómeno de la probidad y corrupción en la contratación pública.

Antecedente a cualquier discusión sobre el tema planteado, se hace imprescindible iniciar por definir el fenómeno que deteriora la buena imagen que debe tener la administración pública en sus diferentes órdenes, colocando trabas en el camino hacia la excelencia. Desde el punto de vista macro y acudiendo a la etimología, la expresión traduce putrefacción, alteración, seducción, vicio o abuso, conceptos que, aplicados al campo de la función pública, adquieren unas connotaciones singulares.⁴¹

En efecto, en una primera aproximación de orden conceptual⁴², se considera corrupción administrativa como el fenómeno por el cual un servidor estatal, léase servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas, actúa de manera diferente del ordenamiento jurídico establecido para favorecer intereses particulares, a cambio de una recompensa, desconociendo con su actuar el principio fundamental del Estado Constitucional, Social y

⁴¹ Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 12 Obra Colectiva Salcedo Forero, José Rory. Ed. Procuraduría General de la Nación 2009, pag32.

⁴² Pasquino. Gianfranco. "Corrupción" en Norberto Bobbio (Coord.) Diccionario de Ciencia Política. México. Siglo XXI editores, 1988, págs. 438-440.

Democrático de Derecho, según el cual la conducta del servidor debe estar encaminada siempre hacia la realización del interés general.⁴³

La corrupción genera una inestabilidad y un desequilibrio de la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho en la medida en que no permite que el Estado cumpla de manera debida los fines que constitucionalmente le están encomendados. La corrupción impide materializar los principios de igualdad, libertad y dignidad en los que se asienta este modelo de Estado, este flagelo obstaculiza el compromiso del Estado de ofrecer mejores condiciones de vida para los asociados, perturba el acceso a la educación, a la salud y al trabajo en condiciones dignas. La corrupción perturba el aspecto democrático que le es propio a este modelo, en tanto impide la libertad de elección y obstaculiza la adopción libre de decisiones del pueblo, en la toma de las determinaciones que lo afectan.

No se trata de negar la intolerable realidad sobre la existencia de prácticas corruptas en el interior de nuestra Administración Pública, pero también sostenemos que la lucha contra ella es viable, razón por la cual se dirigen esfuerzos sostenidos para combatirla mediante la prevención, la realización de reformas estructurales en entidades públicas buscando su transformación para modernizarlas, la consagración de políticas reales de estímulos y de incentivos para los honestos y el castigo a los corruptos.

Peter Eigen, en criterio que comparto, señala que la corrupción es un vicio capital de nuestra época que muestra su desagradable rostro en todas partes. Indica, que se halla en la raíz misma del caso, todos los problemas importantes o al menos impide su resolución- y actúa de manera

⁴³ Romero Rendón, Carmen Stella. *Las causas de la corrupción de los regímenes políticos según Platón.* "La Justicia en Platón, un antecedente de la ética pública". Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Lecciones de Derecho Disciplinario. Obra Colectiva. Volumen 12. 2009. Bogotá-Colombia.

especialmente devastadora en las regiones más pobres del mundo, donde mantiene atrapados a millones de seres humanos en la miseria, la pobreza, la enfermedad, la explotación y brutales conflictos.⁴⁴

En efecto, las secuelas negativas de la corrupción distorsionan la economía, especialmente en sus variables macroeconómicas. De esta forma, se reduce la inversión, en razón de la incertidumbre que causa, y debido a la ineficiencia que se refleja en la baja productividad de la misma, generando sobre costos que las empresas son incapaces de cubrir, como resultado de las acciones intermediarias de los agentes y del pago de sobornos, llevando esto, finalmente, a un desestimulo generalizado tanto en la inversión doméstica y extranjera como en la aplicación de nuevas ideas e innovaciones tecnológicas y, por lo tanto, disminuyendo el crecimiento económico.

La reingeniería del modelo de Estado aquí concebido hace indispensable, entonces, iniciativas y estrategias postuladas desde el fragmento “Derecho” que hace parte de la formula Estado Social y democrático, para posibilitar el cumplimiento misional tanto en lo Social como en lo democrático. Así las cosas, además de las tareas de modernización, de hacer eficiente al Estado y de estimular y propiciar la transparencia en la función pública y comprometer a la sociedad en la lucha contra la corrupción, se hace necesario poner en práctica los instrumentos jurídicos, consustanciales al Estado de Derecho, y

sobre todo, esclarecer los efectos interpretativos e esas herramientas para viabilizar su operancia.

⁴⁴ Eigen, Peter. *Las redes de la corrupción. La Sociedad Civil contra los abusos del poder*. Editorial Planeta colombiana S.A. p. 15. 2004.

Razón que les asiste a los estudiosos del fenómeno⁴⁵ cuando afirman que su avance en el campo político, Social y económico ha venido minando la capacidad del Estado, pues desestima el trabajo honesto y el mérito, produce distorsiones en el mercado, obstaculiza la prestación de los servicios públicos y la distribución de los recursos y genera desigualdades, desgaste administrativo por el desvío de los dineros públicos hacia fines particulares, no solamente porque se debilita el poder del Estado para gobernar, conllevando injusticia por la imposibilidad de realizar inversión Social y cuestionamiento a la legitimidad de la organización política.

La importancia de la contratación pública en la época actual constituye un hecho notorio que no requiere mayores sustentaciones. Basta una mirada al cúmulo de funciones que despliega el Estado a través de los contratos para encontrar que una buena parte del presupuesto para gastos de inversión y de funcionamiento está reservada a la actividad contractual. En consecuencia, dado su origen en el patrimonio público y su finalidad dirigida a la satisfacción de necesidades de interés general, todas las actividades en torno a las cuales se desenvuelve la contratación pública son eminentemente regladas. Dicho de otra manera: en la contratación estatal el espacio para la discrecionalidad es mínimo, como que tales procesos tienen y encuentran su cauce y su límite en el interés general.

Como quiera que la contratación administrativa entraña siempre, así sea en forma indirecta, intereses de la colectividad, se hace necesaria la observancia de los principios, requisitos y condiciones que el legislador ha establecido para preservar el patrimonio público y el cumplimiento de los fines del Estado.

⁴⁵ Revista de la escuela superior de administración pública ESAP administración y desarrollo 1964 p40, 41 ss.

Cabe también mencionar que si bien es cierto que la contratación busca el interés general es tan bien menester recordar que la normatividad que ha existido en cuanto a contratación pública siempre ha buscado cerrar aquellas puertas propicias a la corrupción, ya que desde que en Colombia se ha venido hablando de contratación siempre se ha querido dar la mayor seriedad y cumplimiento al interés general que al particular, impartiendo así cada día nuevas directrices que buscan consolidar los engranajes de la contratación pública, partiendo desde el momento en que el Estado tenga una necesidad y decida hasta la culminación de dicha contratación y la ejecución de dicho contrato, pasando cada etapa contractual con detenimiento analítico, crítico y detallado en busca de una total transparencia y probidad administrativa.

Haciendo énfasis en el interés general este se puede definir, en sentido formal como el interés de la comunidad políticamente organizada⁴⁶ la doctrina ha reconocido que este concepto es abierto e indeterminado⁴⁷ y además, suele disgregarse en otros tales como el interés nacional, comunal, Social o económico,⁴⁸ por ello, antes que formular una noción rígida de aquel, consideramos más adecuado señalar sus principales consecuencias en relación con la administración pública:

⁴⁶ Sánchez Moron.M "Interes general", en Montoya Melgar A, EJB T III, Civitas, Madrid, 194 p 3658.

⁴⁷ Nieto A, "La administración sirve con objetividad a los intereses generales" en Martin-Recortillo, S (coord.), Estudios sobre la contratación española, LH al profesor Eduardo García de Enterría, T III civetas Madrid 1991 ppm 2249 a 2252.

⁴⁸ Trichet, D., Les fontions de la notion d'interet general dans la jurisprudence du conceil d etat. Ob. Cit ., pp 277 a 295.

En primer lugar, el concepto de interés general nace como una forma de excluir los intereses particulares del gobierno.⁴⁹

En segundo lugar, el interés general es el criterio fundamental para determinar la necesidad de la intervención de la administración pública y de la jurisdicción contenciosa administrativa.⁵⁰

En tercer lugar, el interés general actúa como límite, nexo y medida de los poderes públicos⁵¹ resultando una escala fundamental para determinar la conducta de los gobernantes.

Colombia como Estado constitucional, Social y democrático de Derecho siempre ha estado en la mira de prevenir desarrollar y hacer cumplir con políticas de Estado las herramientas que la constitución ha dado desde su creación con el fin de que la actividad contractual estatal sea encaminada dentro de un buen andar normativo y sobrepasando aquellas barreras que la corrupción ha venido colocando, ya que con los avances Sociales que han venido al mundo la corrupción ha traído más artimañas que buscan derrocar el interés Social el cual se encuentra plasmado en nuestra constitución.

Esta situación de corrupción generalizada contribuyó a la deslegitimación de las instituciones públicas y privadas⁵², agudizó la perversión de las costumbres políticas y de las prácticas económicas. El Estado fue incapaz de

⁴⁹ Platon, Dialogos, T, IV La Republica, ob cit Aristoteles, La Politica, Libro III, ob, cit Ciceron, M.T., Las leyes, Ob. Cit Rousseau J.J El contrato Social, P151; Moro T. La Utopia, Ob cit

⁵⁰ A esta conclusión llega Nieto A, Estudios históricos sobre administración y Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986 pp 174 y 175.

⁵¹ Trchet, D., Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'état. Ob. Cit., pp 159 y ss.

⁵² Peter Eigen: «La corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Un desafío de los '90' en Contribuciones Nº 4/1995, Buenos Aires, p.20

controlar estos procesos que, articulados a las presiones de la nueva élite económica surgida del narcotráfico para conquistar espacios políticos, junto con la intensificación de las violencias narcoterrorista, paramilitar y guerrillera condujeron al país, al final de los años 80, «al filo del caos», en una de las más profundas crisis de este siglo.

Diversas respuestas se diseñaron para enfrentar la expansión de la corrupción: reformas de estatutos de contratación administrativa, del código penal, y creación en 1990 de la «Misión para la moralización y eficiencia de la Administración Pública». Pero las medidas más importantes fueron las adoptadas en el marco del cambio en el modelo de desarrollo y la Constitución de 1991.

El panorama ciertamente es preocupante, a lo que se suma la situación de pobreza de gran parte de la población, que dada la desigualdad Social generada en gran medida por el saqueo de los recursos públicos por parte de algunos de los servidores del Estado, no cuenta de manera digna con educación, salud, seguridad Social, vivienda, trabajo, alimentación, en suma el amplio catálogo de Derechos Sociales que consagran la carta política de 1991. Evidentemente no poseen el mínimo existencial que debe garantizar el Estado constitucional, Social y democrático de Derecho.

Así las conductas de los servidores estatales contrarias al ordenamiento jurídico representan la antítesis del *deber ser* señalado, que corresponden a las debilidades propias de la administración pública en el orden nacional y territorial, generadoras del fenómeno bajo estudio y que colocan en entredicho la credibilidad y bases de la forma democrática de gobierno.

Se recuerda que la responsabilidad del servidor público resulta compleja⁵³. Puede ser política, civil o patrimonial, fiscal, penal y disciplinaria, derivándose esta última de la falta disciplinaria, la que traduce la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley.

Ya lo mencionaba Platón al afirmar que La degradación de los sistemas políticos está estrechamente relacionada con los procesos de acumulación de la riqueza donde se lesiona a las personas a medida que se les despoja de sus Derechos, por lo que el disenso Social está presente en todo momento. Se distorsiona la finalidad de poder. La ley no cumple su función y se convierte en instrumento que sirve solo a los que detentan el poder. Se desprecia la razón y se sustituye la virtud por las apetencias, el orden por la anarquía, finalmente reina el caos, la injusticia y la infelicidad de todos los hombres incluyendo sus propios gobernantes.

En el denominado Estado Social y democrático de Derecho a pesar de las muchas inconsistencias, se rescata la protección que debe otorgarse a los grupos minoritarios y en condiciones de debilidad manifiesta, convirtiéndola en una obligación estatal que requiere acciones afirmativas a favor de los mismos. Obligación que se deriva de la dignidad humana, concepto que se construye en la modernidad y que bien señala el profesor Gregorio pecesbarba,⁵⁴ se teje con hilos nuevos y con hilos viejos, entre los cuales como hemos visto son muchas las aportaciones que hace Platón en La República y que a su vez se constituye en antecedente de lo que hoy denominamos la ética pública.

⁵³ Basta con observar el contenido de los artículos 6, 90 y 124 de la Constitución Política de Colombia.

⁵⁴ Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 12 Obra Colectiva, Rendon Romero Carmen Stella Obra colectiva. Instituto de estudios del Ministerio Publico de la Procuraduría General de la Nación 2009 pag29

En razón de lo anterior cabe destacar la importancia que la normatividad ha logrado en pro de aquella probidad administrativa que es tan importante en la contratación estatal, ya que la lucha de estos fenómenos (corrupción y probidad) ha traído unos resultados nada gratificantes donde aquellos que “pagan los platos rotos” generalmente son las personas de escasos recursos, dentro de los cuales se puede mencionar las siguientes:

El marco normativo sobre el cual ha de desarrollarse la actividad de los servidores estatales se encuentra plasmado en la carta política. En efecto, el artículo primero de la Constitución Política consagra como principio fundamental del Estado la prevalencia del interés general; razón por la cual, cuando el servidor público se aparta de dicho principio, el Estado no solamente puede, sino que debe cuestionar su responsabilidad, la cual adquiere diversas connotaciones derivadas del estatuto que infrinja por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

A su vez el constituyente de 1991 consagro la función de control disciplinario, con unos propósitos fundamentales, traducidos, por una parte, en hacer efectiva la voluntad política de los asociados depositada en los servidores estatales; y por otra, en velar por que la conducta individual del servidor público se encamine hacia la realización del interés general y no particular, buscando entronizar en la población colombiana la ética y la moral como valores fundamentales de toda sociedad, en sus diferentes órdenes, no puede ser consecuencia de esfuerzos individuales y aislados, sino que se trata de un desafío colectivo que ha de involucrar tanto a gobernantes como a gobernados dentro del moderno concepto de la democracia participativa plasmada en la constitución política de Colombia.

De ahí que la responsabilidad de los servidores públicos, al tenor del artículo sexto de la carta fundamental, resulta ser compleja e integral, por la relación especial de sujeción que los une con la administración, a diferencia de las responsabilidades de los particulares, mientras estos últimos solamente son responsables 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.⁵⁵

Es por esto que con la ley 190 de 1995 pretendió el legislador concientizar a los asociados de que la corrupción es un problema que nos compete a todos, erigiéndose el estatuto anticorrupción en un instrumento que busca materializar el control Social sobre la gestión pública.⁵⁶

De una parte, es claro el compromiso de la sociedad frente al problema, pues resulta evidente que la tarea moralizadora de la administración pública no puede ser consecuencia de esfuerzos individuales y aislados, sino que se trata de un desafío colectivo que ha de involucrar tanto a gobernantes como a gobernados dentro del concepto imperante en el código político de 1991 traducido en la democracia participativa.

La normatividad de la contratación pública ha sido objeto de permanentes ajustes y modificaciones, a lo largo del tiempo. Como se puede ver reflejado en el Decreto 150 de 1976 y el 222 de 1983, que fueron los instrumentos

⁵⁵ Forero Salcedo, José Rory. "garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo" Lecciones de Derecho Disciplinario. Obra colectiva. Instituto de estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación 2007.

⁵⁶ Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 12 Obra Colectiva Salcedo Forero, Jose Rory. Obra colectiva. Instituto de estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación 2009.pag37

legales que regularon la contratación del Estado en Colombia antes de 1993, y que eran más que todo unos códigos de requisitos y procedimientos.

Es bien sabido que la última reforma importante que se realizó fue la expedición de la ley 80 de 1993, la cual se ha cumplido durante aproximadamente 14 años, y que si bien alcanzó muchos avances y abolió el esquema normativo excesivamente reglamentarista que venía operando⁵⁷, dando tránsito a un cuerpo normativo de principios y de reglas generales, también demostró debilidades para garantizar aquellos de los principios en los que se inspiró.

El origen de la expedición de la Ley 80 de 1993 es el desarrollo de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Constitución Política para la función administrativa. En ese sentido, su expedición buscaba la modernización de la contratación, que hasta entonces se caracterizaba por estar “sobre regulada” y por caer en el excesivo detalle, en el culto por la forma y por los controles.⁵⁸

La Ley 80 de 1993 fue concebida para ser un marco general en el cual preveía la corrupción de una manera muy limitada y a su vez desarrollando la contratación del Estado, mediante la observancia de principios generales que (transparencia, economía y responsabilidad) y dos deberes (selección objetiva y publicidad⁵⁹) que deben ser tenidos en cuenta en cualquiera de los contratos que realice el Estado. Además, la Ley 80 de 1993 remite

⁵⁷ Decreto Ley No 222 de 1983.

⁵⁸ DAVILA, Luis Guillermo (2001), “Régimen Jurídico de la contratación estatal – una aproximación crítica a la ley 80 de 1993, Págs. 4-26.

⁵⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 209, 1991.

acertadamente el resto de principios generales del Derecho reconocidos en el ordenamiento colombiano.

No obstante su carácter de estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal es hoy una excepción más⁶⁰, circunstancia que puede explicarse por la escasa adaptabilidad de algunos de sus preceptos a las necesidades de contratación de las entidades y a las características de los diferentes sectores a los que va dirigida, de donde podría concluirse que en algunos casos la ley incurre en un excesivo reglamentarismo que pasa por la definición de procedimientos e instancias sin tener en consideración las diferencias derivadas de la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la contratación con recursos públicos.

Por tal motivo poco a poco esta ley se fue quedando rezagada, haciéndose necesario introducir medidas para propender por la eficiencia y transparencia en la administración del recurso público, entre ellos por ejemplo, ajustar la normatividad vigente a los avances tecnológicos que en pleno siglo XXI eran ajenos a la actividad pública contractual, salvo algunos pequeños avances que incipientemente se habían ido implementando paulatinamente, tal como fue regulado en el Decreto No 2170 de 2002.

Este decreto fue un primer intento gubernamental de introducir aspectos tan importantes como (i) el fortalecimiento de los principios de transparencia y selección objetiva (ii) nuevas reglas en los procesos de contratación Directa,

⁶⁰ En este punto vale la pena resaltar el hecho de que muchos de los regímenes exceptivos a la aplicación de la Ley 80 de 1993 encuentran su origen en la propia ley, que al establecer tratamientos diferenciales para ciertas entidades y sectores, abrió la posibilidad de que se diseñaran procedimientos que en algunos casos no consultan los principios orientadores de la contratación pública.

Como se mencionó (iii) la introducción de lineamientos para la utilización de tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICS). Sin embargo, el decreto No2170 de 2002, es ampliamente conocido por todos, y dio lugar a que el gobierno Nacional prosiguiera en la búsqueda de caminos legislativos que permitieran la adopción de una reglamentación más acordes con las necesidades actuales.

A su vez en la búsqueda de eficiencia y transparencia en la gestión pública contractual, el Consejo nacional de Política Económica y Social aprobó el documento COMPES No 3249 del 20 de 2003,⁶¹ que desarrollo el tema de la “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”. En este documento el Gerente público se enfocó como un claro instrumento de política económica y Social, con base en el gran impacto que tiene la contratación pública en el país.

Asimismo, dentro de la continua búsqueda de obtener eficiencia y transparencia en la gestión pública contractual, el Gobierno Nacional también creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública –CINCO-⁶² la cual tiene entre sus objetivos los siguientes: (i) asegurar la coherencia y la coordinación de las actividades de las entidades públicas en materia de Contratación Pública (ii) proponer la adopción de políticas públicas que orienten la gestión contractual de las entidades públicas hacia la reducción de los costos en su operación y transacción, (iii) proponer la adopción de medidas orientadas a fortalecer los escenarios de transparencia y visibilidad de la gestión contractual pública, (IV) formular parámetros que orienten a las

⁶¹Puede ser consultado en <http://www.dhp.gov.co/portal/Web/gobierno/reformadelEstado/docuemntoynormas/Compesydocumentosdepol>.

⁶² Decreto No 3620 de 2004.

Entidades hacia una adecuada gestión precontractual y contractual pública, (V) formular directrices que propendan al fortalecimiento de la planeación contractual de las entidades a partir de la evaluación y monitoreo de la gestión contractual por indicadores y (vi) definir parámetros para la implementación del sistema integral de Contratación Electrónica.

A pesar de las muchas modificaciones se decidió dar un vuelco al tema de la contratación pública, después de varios intentos fallidos, en los cuales el gobierno había presentado proyectos de ley sin que se aprobara legislación definitiva, lo cual sin embargo contribuyó a crear un espacio para el intercambio de ideas tanto en el interior del congreso como con diferentes actores interesados en el trámite de la ley, finalmente el Gobierno Nacional presentó un proyecto de ley que fue radicado el 25 de julio de 2005, y que se acumuló con cuatro proyectos de iniciativa parlamentaria⁶³. Producto de esta acumulación se identificó el proyecto de ley con los números 020 de 2005 Senado y 057 de 2006 Cámara, el cual recibió su primer debate el día 15 de diciembre de 2005 en el Senado y su último debate en la Cámara de Representantes el día 13 de Mayo de 2007, siendo sometido a conciliación ante las plenarios de Senado y Cámara el día 19 de junio del mismo año.

El resultado de esta propuesta legislativa fue la ley 1150 del 16 de julio de 2007, que si bien no refleja la proposición integral inicial del Gobierno Nacional, si recogió los principales cambios estructurales planteados. Esta nueva ley no derogó o introdujo modificaciones totales al Estatuto de Contratación Pública, ni constituye un estatuto Anticorrupción, como algunos

⁶³ Proyecto de ley 013/2005: senador Gabriel Zapata Correo, Proyecto de Ley 019 de 2005: Senadores Luis Humberto Gomez Gallo y Luis Antonio Serrano, Proyecto de ley No 032/2005: Senador Carlos moreno de Caro y Proyecto de Ley No 083/2005: Representantes a la cámara Gustavo Adolfo Lanziano.

han pretendido calificarla, pero si incluye reformas a aspectos puntuales y mecanismos y herramientas que favorecen la eficacia y transparencia de los procedimientos y procesos que informan la gestión contractual pública.

Estas modificaciones van a tener una implicación directa en la actividad contractual estatal, dinamizando dicha gestión y conllevan al manejo óptimo de los recursos públicos. Este objetivo se logra, entre otros aspectos, modificándose el deber de selección objetiva, que introduce el concepto de compra inteligente, que hasta este momento era ajeno a la actividad contractual del Estado, fortaleciendo el RUP y los procesos de planeación e introduciendo modificaciones en cuanto a la difusión y publicidad de las actuaciones contractuales.

Tal como lo señala la exposición de motivos de la Ley 1150, no obstante el impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos (la participación promedio de la contratación del sector público en el PIB representa un promedio de 11 %) ⁶⁴, se apreciaba la ausencia de instrumentos legales que permitían la optimización y el uso eficaz de los recursos públicos involucrados en la contratación y es por ello que la reforma pretendió específicamente obtener los siguientes resultados, los cuales se encuentran reflejados en la mencionada Exposición de Motivos:

- ❖ Reformulación de la noción de selección objetiva, para lo cual las evaluaciones a futuro se centraran en los aspectos técnicos y económicos de la propuesta, y no en las condiciones del proponente, las cuales serán objeto de verificación de cumplimiento pero no otorgaran puntaje.

⁶⁴ Cálculos para el año 2004 estimados por el proyecto de contratación pública BIRF-DNP.

- ❖ Orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimulación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución.
- ❖ El diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales.
- ❖ La utilización de mecanismo de contratación que permita el aprovechamiento de economías de escala.
- ❖ La incorporación de mecanismos que permiten extraer valor al proceso contractual: Subastas, compras por catálogo, uso de Bolsa de productos.
- ❖ El establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.
- ❖ Fortalecimiento de la libre concurrencia en los procesos de selección.

Esta ley ha sido reglamentada por varios Decretos, valiendo especial mención el Decreto No. 066 del 16 de enero, reemplazado por el decreto No 2474 del 7 julio, ambos de 2008. Con ocasión de la expedición del Decreto No 066, por medio del cual se reglamentó las modalidades de selección contempladas en la nueva ley, el gobierno Nacional recibió comentarios constructivos en algunos asuntos, principalmente en el tema del Concurso de Méritos, los cuales se tuvieron en cuenta y dieron lugar a que se expidiera el Decreto No 2474 de 2008. Este último decreto si bien mantiene la esencia, estructura y orden del Decreto No 066 de 2008, ajusta y mejora su

contenido, tomando en consideración la experiencia y aportes de distintos gremios y del sector privado y público.

Este decreto recopila entonces lo dispuesto en el Decreto No 066 de 2008, derogándolo prácticamente en su totalidad, con excepción de su artículo 83 que regula las derogatorias y vigencias de los decretos reglamentarios de la ley 80 de 1993. Si bien la nueva reglamentación modificaban solo algunos aspectos del Decreto No 066, el Gobierno Nacional decidió derogarlo en su integridad, salvo el mencionado artículo 83, con el fin de unificar en un solo texto la reglamentación del tema, evitando remisiones, lo cual simplifica la consulta y aplicación del mismo por parte de los usuarios y operadores del mismo.

Así las cosas, podemos afirmar diciendo que los instrumentos introducidos en el marco regulatorio de la contratación pública brindan al operador administrativo todas las condiciones necesarias para obtener una contratación eficaz y transparente. cuyo fin es la total existencia de la eficiencia, la transparencia y probidad en la contratación pública, cabe anotar que la existencia de dichas herramientas no buscan remplazar el estatuto sino reforzar y cerrar esas puertas que la corrupción ha encontrado para invadir y violar los principios de la contratación pública, como es el principio de igualdad, equidad y transparencia, vitales para la contratación, resaltando que el ser humano por naturaleza es imperfecto y por lo tal la mayor parte de sus creaciones sigue el mismo rumbo⁶⁵,

⁶⁵ Ensayo "contratación estatal ¿reina la incertidumbre? Estrada Sánchez Juan Pablo- Profesor de contratación estatal del departamento Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Es por esto que no es preciso afirmar que estas modificaciones son del todo perfectas como lo afirman varios juristas expertos en la materia,⁶⁶ ya que resulta difícil afirmar que la corrupción va a desaparecer, sino por el contrario su objetivo principal es minorizar a este fenómeno y difundir que la probidad⁶⁷ sea el elemento reinante en la contratación pública puesto que la corrupción ha provocado en los muchos interesados por contratar con el Estado un cierto temor en la participación en cuanto a dicha actividad, ya que estos afirman de que no se ve la transparencia y la equidad en dicha actividad contractual⁶⁸, claro está que no hay que olvidar que el Estado como garante de Derechos y deberes de las personas está en la obligación de propiciar herramientas con el fin de restablecer el equilibrio, la equidad y confianza que las personas deben tener para con él, para así dar cumplimiento al Estado Social de Derecho que es promulgado en nuestra constitución.

A su vez el análisis de este fenómeno tan devastador como es la corrupción es la contratación estatal debe realizarse a la luz del Derecho colombiano y del Derecho comparado, quienes han ejercido gran influencia en combatir la corrupción en la contratación pública y darle un amplio margen de aplicación a la probidad administrativa, que es un flagelo que está presente en todos los países afectando la estabilidad de sus sistemas políticos y de sus instituciones, lesionando sus economías y la moral de sus sociedades, haciéndose cada vez más necesario, contar con análisis que permitan un

⁶⁶ Ensayo "contratación estatal ¿reina la incertidumbre? Estrada Sánchez Juan Pablo- Profesor de contratación estatal del departamento Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

⁶⁷ Orellana Vargas, Patricio. Corrupción y probidad. Argentina: El Cid Editor, 2003. p 7.

⁶⁸ Documento electrónico Fedesarrollo, Economía y política La reforma a la contratación pública ¿una reforma exitosa? No 29 mayo 2007

mejor entendimiento del fenómeno para formular estrategias integrales enfocadas a su erradicación.⁶⁹

Por tal motivo la contratación estatal en la actualidad, significa una importante fuente de ingresos en esta época de creciente desempleo. Precisamente en tal medida, la adjudicación de contratos se convirtió en un atractivo medio para obtener el favor político de los electores y de pagar los compromisos adquiridos en las campañas políticas. Y no es insólito en el ambiente de la burocracia colombiana que la contratación sea el vehículo de que se apropian los altos funcionarios para engrosar su patrimonio privado en virtud del cobro de comisiones a los adjudicatarios o de la incursión en sobrecostos.

Es importante, además, dedicar especial atención al clientelismo del cuál ha sido una de las causas más impactantes de la corrupción, por el daño que ha producido al país. Al referirse al tema, el sociólogo José Oviedo⁷⁰ lo define de la siguiente forma:

“El clientelismo político es una cierta lógica de intercambio Social en la que se oferta una posibilidad de acceso a recursos, particularmente estatales, a cambio de lealtad política”.

Se trata de transacciones de beneficio mutuo, para los dirigentes que ocupan posiciones privilegiadas y los seguidores que, ocupando posiciones

⁶⁹Ensayo La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo- martinez cardenas edgar enrique- Ramírez mora Juan Manuel, revista electrónica democracia.

⁷⁰ Oviedo, José, Cabeza de Meduza: Partidos Políticos, democracia y clientelismo, op. cita, p. 31

subalternas, obtienen sin embargo una actividad de sobrevivencia o una vía de movilidad Social a través del usufructo de las instituciones públicas.

Las prácticas clientelistas favorecen principalmente a aquellos que ofertan la dádiva, ya que en la mayoría de los casos los fondos utilizados son del Estado y la distribución se realiza sin que medien controles financieros, quedándose el ofertante con la mayor parte del botín. Además, el clientelismo ofende la dignidad de quienes son receptores, ya que no les confieren a los pobres la posibilidad de salir de su situación.”

Resulta difícil afirmar que la corrupción va a desaparecer, sino por el contrario su objetivo principal es minorizar a este fenómeno y difundir que la probidad⁷¹ sea el elemento reinante en la contratación pública ya que la corrupción ha provocado en los muchos interesados por contratar con el Estado un cierto temor en la participación en cuanto a dicha actividad, ya que estos afirman de que no se ve la transparencia y la equidad en dicha actividad contractual⁷², claro está que no hay que olvidar que el Estado como garante de Derechos y deberes de las personas está en la obligación de propiciar herramientas con el fin de restablecer el equilibrio, la equidad y confianza que las personas deben tener para con él, para así dar cumplimiento al Estado Social de Derecho que es promulgado en nuestra constitución.

El mayor reto que enfrenta el Estado en el aspecto institucional es que debe volver a legitimar su existencia y la de las instituciones que lo conforman. El problema de legitimidad está unido, además, al alto nivel de corrupción que

⁷¹ Orellana Vargas, Patricio. Corrupción y probidad. Argentina: El Cid Editor, 2003. p 7.

⁷² Documento electrónico Fedesarrollo, Economía y política La reforma a la contratación pública ¿una reforma exitosa? No 29 mayo 2007.

existe en el país, creando no solamente pérdida en la credibilidad de los dirigentes sino, distorsiones de mercado que obstaculizan y no permiten la creación de empleo y un mayor crecimiento económico.⁷³

En este orden de ideas, para combatir la corrupción administrativa, acorde con la estrategia planteada y lograr la legitimidad y credibilidad institucional, recobrando los valores fundamentales propios de toda sociedad civilizada traducidos en la ética, la moral y, la honestidad que lleven a un verdadero Estado constitucional, Social y democrático de Derecho en donde primen la dignidad humana, el interés general y la Justicia Social, se debe como primer elemento interno crear cultura en los asociados, principalmente en los servidores estatales, a su vez materializar el control interno en sus modalidades de gestión y disciplinario donde se busquen los mecanismos necesarios para una oportuna administración de Justicia en los diferentes campos fortaleciendo el aparato jurisdiccional del Estado.

La prevalencia de la dignidad humana y del bien común, interés público, colectivo, constituye el reto más importante del Estado constitucional Social y democrático de Derecho y la política se erige como un instrumento fundamental para su materialización, dentro de la dinámica propia de la organización política, escenario que es protagonizado por gobernantes y gobernados, en quienes los valores morales deben constituir la guía permanente de sus actuaciones.⁷⁴

⁷³ Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Logros y retos de la política Social en Colombia. 1998.

⁷⁴ Sobre el particular resulta pertinente tomar el razonamiento de Francesco Cossiga donde sostiene “El político sirve al bien común, que es la forma mas alta de bien temporal” a su vez Santo Tomas de Aquino decía que la política es la mas alta de las actividades humanas, por que si la moralidad de una acción se mide con relación al bien que persigue, no existe bien temporal mayor que el bien común. Pero es necesario restaurar los valores

Pensar y actuar en contravía de lo manifiesto equivale a patrocinar la situación de crisis que en forma directa o indirecta afecta a su población y que de no solucionarse más temprano que tarde y con el concurso de todos, inexorablemente aumentara la incertidumbre de un mejor futuro del pueblo colombiano, y quedarán la corrupción y la violencia como únicos legados para las generaciones venideras.

morales. No hay cosa más notable, necesaria y justa que la política. El hecho de que existen políticos ladrones es otra cosa...”

2. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Es una realidad incuestionable, reconocida por la legislación, la jurisprudencia científica, que la administración Pública para la realización de los fines que el ordenamiento jurídico le asigne al Estado, no solamente adquiere los bienes y servicios que requiere mediante la técnica de los actos administrativos (decisiones unilaterales ejecutorias y ejecutivas), sino que cada vez, con mayor frecuencia, interviene en el tráfico jurídico a través de la institución contractual.

El Derecho Administrativo Moderno concilia perfectamente las categorías Jurídicas del poder administrativo y del contrato, con lo que se ha superado definitivamente las objeciones que planteaba un sector de la doctrina científica en torno a la viabilidad dogmática de la técnica contractual administrativa⁷⁵.

El más connotado exponente de esta tendencia doctrinal es indudablemente el gran jurista alemán Otto Mayer, quien rechazaba la posibilidad de la existencia de los contratos administrativos en virtud de dos razones: la primera objeción consistía en que el Estado siempre manda unilateralmente, la segunda, se refería a la ausencia de una norma positiva que le sirviera de apoyo a la contratación pública⁷⁶

⁷⁵ Rodrigo Escobar Gil, Teoría General de los contratos de la Administración pública Edit. L'Egis 1999 Pag 30 y ss.

⁷⁶ MAYER OTTO. Der Öffentlich-rechtliche vertrag, arch. Off. R. T III Pags 1 ss

En cuanto a la posición que se negaba esta institución administrativa por la falta de una norma positiva que le otorgara eficiencia jurídica, carece de todo valor científico, no solo por la incontrastable realidad de una legislación que ha reconocido expresamente la posibilidades que los entes públicos celebren contratos con los particulares, sino también por el definitivo caso del positivismo que solo admite aquellas categorías jurídicas que están expresamente consagradas por las leyes-, máxime en el Derecho Administrativo, cuyas instituciones se han formado a partir de los principios generales del Derecho. En torno, argumento de que el Estado siempre manda unilateralmente, tampoco es admisible en el Derecho Publico Moderno, por que se funda en una concepción individualista del Derecho, dominante en el siglo XIX, que colocaba en planos opuestos e irreconciliables al poder público y al ciudadano. Según esta vieja concepción: "El Estado se encuentra- nos dice Entrena Cuesta- respecto del individuo, en una situación de contraste esencial; el Estado comienza donde termina la libertad, la igualdad, la autonomía de las personas, y de la misma forma el individuo comienza a desarrollar su actividad donde cesa la zona del Estado"⁷⁷

Esta posición se sustenta en unos falsos prejuicios jurídicos-políticos, entre los que tiene una fuerza decisiva el dogma de la soberanía del Estado, que señalaba una barrera inquebrantable entre las instituciones del Derecho Público y del Derecho Privado, pues todas las relaciones en las que era parte el Estado se caracterizaban por la Supremacía que este ostentaba y la desigualdad respecto a los otros sujetos, mientras que en las relaciones entre los particulares se manifestaba una igualdad entre las partes. Se trata

⁷⁷ ENTRENA CUESTA, Rafael. Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos administrativos. Madrid, Revista de Administración Pública No 24, 1957, pag 40

del mismo obstáculo político que se oponía a la teoría de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, en razón a que se consideraban insalvables las ideas de soberanía y responsabilidad, en la medida que aquella suponía superioridad mientras que esta implicaba igualdad, lo que tan solo pudo ser superado a comienzos del siglo XX.

Las objeciones en torno a la contratación administrativa se fundamentaban en los mismos planteamientos, al considerar irreductibles las categorías de contrato y poder público, en razón a que la idea de contrato implicaba igualdad lo que pugna con la Supremacía jurídica que ostenta la Administración pública en sus relaciones como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público. Sobre el particular anota el profesor S.M Retortillo Baquer: “Es pues, la que gravita en el fondo de casi todas las doctrinas negatorias; exigir tal igualdad en el contrato supone negar la posibilidad de que el Estado pueda ser parte en los contratos: el Estado, dentro de su ámbito específico- reargumenta FORSTHFF-, nunca puede situarse en una posición de igualdad,”⁷⁸.

El nacimiento de los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados, provocó un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuyas etapas más significativas fueron las siguientes:

⁷⁸ RETORTILLO BAQUER, Sebastian M. La institución Contractual en el Derecho Administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes. Madrid. Revista de Administración Pública No 29, 1959, pag 96

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos.

Esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones Sociales insostenibles.

El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y Social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los

contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

A partir de esos antecedentes históricos los cuales señalaron el surgimiento tanto del Derecho administrativo como el de la contratación estatal cabe precisar la genealogía normativa de lo que hoy es conocido como el estatuto general de contratación ley 80 de 1993 y su principal cambio sustancial, la ley 1150 de 2007, cuyo objetivo central siempre ha sido la erradicación total de la corrupción administrativa y la completa preeminencia de la probidad sin dejar a un lado los elementos como la buena fe, la transparencia; y la moralidad, ya que estos fueron los principales motivos por los que se categorizaron los principios de transparencia y de la moralidad como principios rectores de la contratación estatal en Colombia.

Al hablar de la genealogía normativa de la contratación es menester dividirlo en tres partes para su mejor entendimiento ubicando las normas que se expidieron en cada una de estas tres etapas, y estas son:

1ª). Lo que corresponde a la teoría del liberalismo clásico, cuando no existía la contratación sino toda la regulación en materia de relaciones entre el Estado y los particulares, se ventilaba desde el esquema del libro Cuarto del Código Civil Colombiano.

2ª). La intervención del Estado.

3ª). Preeminencia del Estado Social de Derecho.

1ª). En el Liberalismo clásico:

Empezamos con la Ley 163 de 1896. Este es el aspecto cultural de la contratación. La ley 163 de 1896, estableció la "Comisión gubernamental"; una comisión asesora en vista de que el Presidente estaba dedicado a la guerra. Se crea con esta ley la "Comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones". Era una comisión gubernamental que prácticamente regulaba todo tipo de operaciones de crédito; todo tipo de contratos, a nombre del gobierno nacional que revestía una particularidad: Tenía la Comisión toda la rectoría o la gerencia en estos tipos de contratos, podían estas decisiones ser cuestionadas a través de los recursos corrientes, si las decisiones de esta Comisión no eran apeladas, iban en consulta o recurso de alzada al Consejo de Estado, que definía si los contratos en estas materias se habían efectuado bien o se habían efectuado mal.

Dentro de la segunda norma propia del Liberalismo clásico se encuentra la ley 4ª de 1905: Tuvo como característica: introducir en los contratos de obra por primera vez y con carácter unilateral la "Cláusula penal pecuniaria". Nació como una prerrogativa estatal por el Contrato de Obras Públicas con la ley 4ª de 1905, y esa fue la primera prerrogativa que se estableció a favor del Estado. Hoy día la Cláusula penal pecuniaria esta condicionada, esta atada a la aplicación de la Caducidad Administrativa, es decir, cuando se decreta la caducidad administrativa, se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En la tercera norma se encuentra la ley 53 de 1909. Esta norma crea "La cláusula de la caducidad administrativa" en esta ley se establece que todos los contratos de obras a partir de esa ley debían llevar la cláusula de caducidad administrativa. Nótese que aquí empieza a romperse el esquema

de igualdad de las partes previsto en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano

Seguidamente la ley 110 de 1912.- "Código Fiscal Nacional". Con esta norma se crea la Licitación que se hizo con el ánimo de aplicarlo al contrato de Obras Públicas.

La Ley 63 de 1921.- y Ley 106 de 1931.- A estas normas (que son normas extensivas) porque lo que hicieron fue extender estos privilegios de la Caducidad; de la Cláusula Penal Pecuniaria y de la Licitación a otros contratos, todas estas normas aparejadas al Contrato de Obras públicas. Estas normas, la Ley 63 de 1921 y Ley 106 de 1931 extendieron la posibilidad de utilizar la Cláusula Penal Pecuniaria, la Caducidad y la Licitación a los contratos de suministros, a los contratos de prestación de servicios y a otros contratos, pero particularmente los señalados.

2ª). La Etapa del Intervencionismo de Estado.

Esta etapa, es coexistente con la aparición de la teoría del Servicio público. Corresponde más o menos a la mitad del siglo XX (de 1940 a 1960) Es la etapa del esplendor del servicio público. Comenzando con la Ley 167 de 1941, que corresponde al "Código Contencioso Administrativo" que tuvo vigencia hasta el año de 1984, cuando se expidió el Decreto 01 de 1984. Esta ley (167 de 1941) tiene una importancia porque fue una ley que despertó gran controversia. En esta etapa del Intervencionismo de Estado se nota ya una dinámica distinta de la contratación estatal. Es esta la etapa formativa en cuanto se refiere al proceso de la Contratación estatal.

De la Ley 167 de 1941, dos normas importantes para destacar: el artículo 73 y el artículo 254. El art. 73, para reafirmar la Constitución de 1886, decía que tiene la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las controversias en materia de contratos administrativos (aquí ya se habla de contratos administrativos, nombre que no correspondía a la realidad). El Artículo 254 que luego fue el motivo de la controversia, impuso o le atribuyo con carácter obligatorio a las instituciones públicas la estipulación forzosa de la Cláusula de Caducidad en los siguientes contratos: Obras Públicas; prestación de servicios; suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos (en estos últimos su explicación esta dada por cuanto que los Bancos o entidades financieras eran estatales). La controversia se concretaba al artículo 254, porque se salía del esquema de igualdad de las partes que se pregona en Derecho civil en el artículo 1602 y se sigue estipulando normas del Derecho civil, resultando entonces contraria a la regulación libertaria del Contrato Civil.

En 1955 se produjeron dos normas importantes: El Decreto 351 de 1955 que estatuyo el primer "Estatuto Nacional de Compras" dando solución a la anarquía que existía en todos los entes del Estado en materia de compras; de cómo se debía comprar. Se crearon aquí las famosas "Cotizaciones". Creo también el "Comité de compras". Estableció un régimen de competencias en cuanto a cuantía para las compras y los suministros.

El Decreto 1050 de 1955, constituyó el primer "Estatuto de empréstito o de operaciones de crédito", se daba la noción de lo que era un empréstito; establecía las distintas fases de las operaciones de crédito público interno, establecía los procedimientos para obtener los recursos del crédito con los bancos nacionales; establecía los procedimientos para llegar al Banco Mundial; establecía que requisitos se debían cumplir para obtener

empréstitos internacionales, se hablo por primera vez de la carta de Crédito, etc.

En ese mismo año (1960) El Congreso le atribuyo a la Contraloría la facultad de regular todo lo concerniente a la constitución y aprobación de las garantías de los contratos que celebraba el Estado.

3ª). La Etapa del Estado Social de Derecho.

Hasta el año de 1964 la controversia que giraba en torno a los contratos, particularmente en lo que correspondería a las indemnizaciones, y los perjuicios derivados de la ejecución de los mismos los conocía la Justicia ordinaria, los jueces civiles del circuito, las Salas Civiles de los Tribunales Superiores y la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los contratos de mayor cuantía; este se le atribuye por primera vez como resultado de la presión ejercida por el Consejo de Estado.

El Decreto 528/64 le atribuye por primera vez a la Jurisdicción Contenciosa el conocimiento sobre las controversias derivadas de los contratos administrativos en sus distintas manifestaciones, no solamente desde el punto de vista de la legalidad sino desde el punto de vista de los perjuicios derivados de los mismos. Se aprovecho la coyuntura de este Decreto; también le atribuyo a la Justicia contenciosa el conocimiento de los juicios de responsabilidad civil extracontractual del Estado, el cuestionamiento también de todas las acciones derivadas del régimen de propiedad industrial, igualmente los juicios agrarios..

En este año 1964 también se produce una ley que es la Ley 4ª. Esa Ley 4ª de 1964 establece por primera vez un "Estatuto sobre Obras Públicas". De

esta ley surge un paquete de normas relativas al Contrato de Obras Públicas; El Decreto reglamentario 518 de 1965 y una norma que modificó la Ley 4ª/64 que fue la Ley 36 de 1966. A todas las anteriores normas se le llamo el "Estatuto de Obras Públicas". Es importante este estatuto que fue reproducido casi en su integridad por normas posteriores. Le dio el Estatuto una definición al contrato de Obras Públicas.

Dentro de esta etapa institucional, en 1974 se expide la Ley 28 de 1974. Es una Ley de autorizaciones que fue muy cuestionada, se le dio facultades por un año al Gobierno Nacional para expedir por primera vez un "Estatuto Integrado en materia de contratación". El propósito de la autorización para la expedición del Estatuto Integrado era que permitiera codificar en un solo texto toda esa serie de normas dispersas que venían desde el año de 1905.

El Gobierno el Decreto 150 de 1976. Este Decreto le dio mucho énfasis a las ritualidades, a las solemnidades, a los procedimientos ad sustanciam actus, primero porque creó el "Concurso de méritos" (para evaluar a las personas, valorar las ideas, estudios macro, estudios de factibilidad) que no existía. Creó el "Registro de Proponentes", estableció la clasificación de las licitaciones en pública y privada y el procedimiento para ambas. Con este Decreto se logro unificar toda la temática de contratación.

La Ley 19 de 1982, fue muy precisa en las materias que debía regular el ejecutivo, y los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral que hoy día son cláusulas, "formalizando así por primera vez los principios rectores en materia de contratación". Acabó con la equivocada interpretación que se le estaba dando al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades. La ley 19 de 1982 tuvo una virtud, de "establecer el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades", disponiendo que

solamente la ley podía establecer restricciones al ejercicio de la libertad contractual. Estableció la doble clasificación de los contratos. La clasificación genérica de los contratos: Contratos Administrativos y Contratos Privados con cláusula de caducidad.

El Decreto 222 de 1983. Se orientó en su aplicación y en su desarrollo a las entidades públicas nacionales. Le dio mucho énfasis este decreto a la Caducidad Administrativa, el solo hecho de haber establecido una clasificación genérica en contratos administrativos y contratos privados con cláusula de caducidad, le estaba dando mucha importancia a la caducidad administrativa.

El Decreto 222 de 1983 fue el fundamento para la expedición de lo que es hoy día la Ley 80 de 1993.

La Ley 80 de 1993, fue producto de muchas discusiones previas a su expedición, fue una norma muy consultada; no tuvo improvisaciones en el Legislativo, partiendo que fue el Constituyente del 1991 quien innovó o incentivó el rescate del poder legislativo, obligando a través del artículo 150 de la Constitución al Legislativo a expedir un estatuto en materia de Contratos.

Terminaba con el excesivo reglamentarismo que contenía el 222/83, reglamentarismo que disponía no solo cada contrato sino el que establecía cada entidad. Ahora es un solo procedimiento es un Estatuto Único.

Estableció la "categorización única del contrato". Establecer una categoría única en materia de contratos es unificar la razón Social del mismo. Hoy día no se habla ya de Contrato Administrativo, esta denominación quedó

proscrita; lo que permite a todas las entidades ser sujeto de relaciones contractuales.

Otra de las condiciones de la Ley 80/93, fue la unificación jurídica el marco conceptual disperso en varias normas, en un solo estatuto único para todo el país, la misma Ley 80/93 dice que todas las entidades públicas deberán expedir estatutos orgánicos pero que desarrollen la Ley 80/93 de acuerdo a su propia actividad; quiere decir esto que por ejemplo cada municipio debe tener un propio estatuto que debe delinarse de acuerdo con la Ley 80/93.

Con la Ley 80/93 en materia de la Responsabilidad Contractual, se precisó primero, los tipos de responsabilidad que antes no estaban definidos, habló de responsabilidad penal muy claramente, estableció unos tipos muy bien definidos. Segundo, precisó o estableció los sujetos responsables y, tercero, estableció los efectos de la responsabilidad penal. Los efectos son directos.

En el orden procedimental, con la Ley 80/93, se acabó con las excesivas presencias o intervención de los organismos corporativos, mas de carácter formalista.

Se categorizaron constitucionalmente por primera vez los principios de contratación: principio de transparencia, de economía el de responsabilidad, algunos otros principios específicos como el Código ético del funcionario. No es la norma de la Ley 80/93 rígida en su imperio normativo, sino que permite la interpretación de las normas de Derecho civil, del Derecho comercial; permite acoger principios generales del Derecho, como el principio de la buena fe, como el principio del enriquecimiento sin causa; principio del error común, el abuso del Derecho, principios propios del Derecho administrativo, como el principio de legalidad, el principio del interés general.

El Estatuto General de la Contratación en la Administración Pública Colombia Ley 80 de 1993, sufrió cambios de gran importancia para mejorar el manejo de los recursos públicos, esto sucedió por medio de la promulgación de la Ley 1150 de 2007, en esta última el objetivo de los legisladores fue introducir medidas para la eficiencia y la transparencia, en la cual se establecieron reformas que optimizaron el sistema contractual, ejemplo claro fue el de ampliar y modificar modalidades de contratación que generó como resultado las siguientes: Licitación pública, Selección abreviada la cual trae varios procedimientos como la subasta o de menor cuantía, Contratación directa, Licitación Pública, Concurso de méritos; igualmente se instituyó la publicación de cada paso de la contratación de todas las entidades del Estado y el no cobro de los pliegos de Condiciones a los oferentes que manifiesten interés en participar.

Se puede concluir, que es de gran valor el aporte que ha hecho la Ley 1150 de 2007 en la mejora del Sistema de la Contratación Estatal Colombiana, el contar con un medio de publicación de la contratación, donde la fecha y hora en la que se publica el documento no puede ser modificado por ninguna circunstancia, por lo tanto el operador de la Contratación en cada entidad o gobernante, se ve en la obligación de cumplir con los términos de tiempos establecidos en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, de lo contrario se arriesga a pasar por una investigación disciplinaria. Otro aspecto que mejoró con las nuevas modificaciones en la Contratación Estatal es el Derecho a que toda persona natural o jurídica a nivel nacional e internacional que cumpla con las exigencias de los pliegos de condiciones, las cuales no deben superar lo exigido por la Ley, puede presentarse y participar, donde como oferente tiene Derecho a acceder con mayor facilidad a los documentos del proceso de contratación, puede realizar seguimiento y lograr la adjudicación, si cumple con los requisitos.

Es claro los cambios tecnológicos y de divulgación que han mejorado en la Contratación Estatal Colombiana, pero aún necesitamos un mayor empuje legislativo que cierre los diferentes círculos viciosos que puedan existir y desvíen el camino real de los recursos económicos públicos. Sé que puede mejorar, y cada vez Colombia cambiará para bien de la comunidad y se acabará el ciclo de corrupción que ha existido.

2.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS EN CUANTO A LA CORRUPCIÓN, PARALELISMO DE LA LEY 80 DE 1993, FRENTE A LA CORRUPCIÓN Y PROBIDAD

Al entrar a hacer un estudio sobre los antecedentes normativos en cuanto a la corrupción y probidad en la contratación estatal es menester recalcar la importancia que la reglamentación pasada tuvo lo que hoy conocemos como una verdadera contratación estatal, ya que este es el momento donde se pueden ver los frutos de los inmensos esfuerzos realizados a través de los distintos cambios normativos existentes, recordando que la intención que se tuvo fue la de cerrar las puertas que inocentemente ha dejado abierta la normatividad contractual que existió en su momento, dejando ver que los avances contractuales actuales de por sí han erradicado gran parte del tan molesto fenómeno de la corrupción dando paso a la prevalencia de la probidad en los contratos administrativos, observando así que en cada paso normativo que se da se puede observar el desarrollo de corrupción puesto que la creación de dicha norma prevé de manera somera este fenómeno dejando a su vez otra puerta abierta para este fenómeno tan escurridizo, por tal motivo es menester dar a conocer en cada paso normativo evolutivo existente el brote de corrupción que esta ha permitido así como su cura la cual radica en la creación de una norma superior que aunque cura la enfermedad anterior da paso a una nueva.

Al comenzar con este proceso podemos remontarnos entre 1886, cuando se da la reforma constitucional de Núñez hasta 1936 que se dio lo que económicamente se llamó el liberalismo manchesteriano, fundado en el principio liberal de **“Dejar hacer, Dejar pasar”**-. Bajo esta concepción, el papel del Estado era básicamente la de mantener el orden público, defender la propiedad y aplicar Justicia; El tamaño del Estado debía ser pequeño y con pocas funciones; no existía la contratación Estatal como tal, (en el volumen que hay hoy)

En efecto, hasta 1976 no existió en Colombia un estatuto regulador de la materia, pues hasta tal fecha los contratos administrativos se regían por normas aisladas que provienen del Código Fiscal de 1912, que estableció la cláusula de caducidad, la Ley 4' de 1964 y la Ley 36 de 1966, que reglamentaban algunos trámites contractuales, dirigidos principalmente al contrato de obras públicas, y el Decreto 528 de 1964, que estableció la competencia de la jurisdicción contenciosa para los contratos administrativos.

Las demás normas utilizadas en este campo, hasta antes de 1976, provenían de resoluciones orgánicas de la Contraloría General de la República, las cuales, no obstante su clara extralimitación de funciones, al regular materias distintas de las de su propia organización interna, sirvieron de base para delinear la estructura legislativa del contrato administrativo, observando así algunos rasgos de corrupción ya que al existir una gran extralimitación de funciones no se podría emitir un control disciplinario y normativo exacto donde se mantuviera un equilibrio económico y actuar encaminado a un orden Social justo y estable.

Mediante la Ley 28 de 1975 se obtuvieron nuevas facultades extraordinarias, y con base en ellas se produjo el Decreto 1670 de 1975, norma de carácter

experimental, pues aun cuando su expedición fue producto de múltiples consultas entre las entidades interesadas, el gobierno la expidió, con la idea de corregir los problemas que pudiera presentar su aplicación. De esta manera, en enero de 1976 se dictó el Decreto 150 de 1976, norma que por primera vez reguló íntegramente la materia y se convirtió en el primer estatuto coherente de contratación administrativa que existió en el país, limitando esos grandes abusos de poder sobre la extralimitación de funciones públicas.

Por consiguiente se sancionó la ley 222 de 1983 en la cual institucionalizó, el proceso para la consecución de bienes y servicios a partir de la licitación. Pero a su vez este estatuto fue criticado por el exceso de reglamentación, controles, revisiones y autorizaciones y los múltiples regímenes contractuales, a partir de aquí se pudo observar el cambio sustancial de la normatividad que regula la contratación estatal, aunque de dieron grandes e importantes cambios no hay que olvidar que el excesivo reglamentarismo provocaba complicaciones contractuales donde por un lado se podía infiltrar de manera más fácil la corrupción ya que debido al cúmulo de requisitos solicitados se prestaba para ingresar algunos requisitos falsos con el fin de cumplir, observando así que debido a la magnitud de los mismos podía “ volarse,, legalmente algunos de estos requisitos y por otro lado se observaba que debido a la exigencia de muchos requisitos los empresarios perdían las ganas de contratar con el Estado.

Dichas situaciones llevaron a incumplir la oportunidad (conveniencia de tiempo y lugar) como fin de la contratación, incrementando los costos, afectando directamente las previsiones presupuestales y los objetivos propios de las entidades.

Las estrategias anticorrupción comenzaron formalmente con la administración de Cesar Gaviria, la cual creó la Misión para la Moralización y Eficiencia de la Administración Pública (Decreto 1860 de 1991).

Posteriormente, el gobierno de Ernesto Samper creó la Consejería Presidencial para la Administración Pública (Decreto 2098 de 1994), y logró la promulgación del estatuto anticorrupción (Ley 190 de 1995).

En la siguiente administración, Andres Pastrana creó el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, el cual buscaría reducir los niveles de corrupción basándose en dos líneas de acción: promover la prevención con participación ciudadana y fortalecer las acciones de control y sanción mediante la coordinación interinstitucional. En la primera administración de Álvaro Uribe se reformaron algunas leyes, las cuales hicieron más severos algunos castigos y se incentivó la participación y veeduría ciudadana en los procesos de administración pública⁷⁹.

A partir de la Constitución 1991, el entramado institucional para contrarrestar la corrupción en Colombia quedó formado por dos entes de control, la Contraloría General de la República (CGR) y la Procuraduría General de la Nación (PGN), y por un ente acusador, la Fiscalía General de la Nación (FGN).

La nueva carta política de los noventa delegó en la CGR la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos, bien sea que la lleven a cabo servidores públicos, particulares o entidades privadas. El control fiscal de la CGR se concentra en cuatro labores misionales: i) control interno, ii)

⁷⁹ Gamarra Vergara José, Agenda anticorrupción en Colombia: reformas, logros y recomendaciones banco de la República 2006 Pág. 18 y ss.

auditorias, iii) responsabilidad fiscal y iv) participación ciudadana. Por su parte, la PGN tiene como misión fundamental vigilar la conducta de los servidores públicos y defender los intereses de los ciudadanos, el orden jurídico y los Derechos fundamentales.

La FGN es la entidad más joven de las tres. Fue creada por la Constitución de 1991 y le corresponde investigar delitos, calificar procesos y acusar infractores de la ley penal ante los tribunales competentes. De manera complementaria, el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción completa el entramado institucional. Sus labores se concentran en cuatro ejes: coordinación interinstitucional, control ciudadano, cultura de la legalidad y estrategias regionales⁸⁰.

Tomando la clasificación entre gran y pequeña corrupción, se puede decir que las reformas de los entes de control fueron dirigidas especialmente hacia la pequeña corrupción. De manera más específica, se puede decir que fueron dirigidas a contrarrestar la oferta de corrupción por parte de los servidores públicos de menor rango. Como lo menciona Misas et al. (2005), las reformas dirigidas a la pequeña corrupción dejaron por fuera factores concernientes a la gran corrupción y determinantes de la demanda.

Otro de los cambios introducidos por la Constitución de 1991 fue la descentralización de la administración pública del país. Los cambios en el arreglo institucional anticorrupción y las nuevas funciones delegadas a los entes territoriales significaron importantes cambios en la percepción, niveles y costos de la corrupción en la última década. Los defensores de la descentralización se apoyaron en la idea de que este esquema administrativo reduciría la corrupción debido a la mayor cercanía entre

⁸⁰ Además de estas cuatro entidades, las veedurías ciudadanas y la ONG Transparencia por Colombia se anotan como instituciones que complementan el aparato estatal.

administradores y ciudadanos. Como señala Gonzáles (2001, p 33), “el diseño del proceso descentralizador, en especial aquel que hace énfasis en la descentralización política que propende por una mayor democratización y participación y mayor control político y Social consideró implícitamente a la corrupción como un objetivo a ser alcanzado”. La reducción de la corrupción se veía como un resultado sobrentendido por la interacción del nuevo esquema descentralizado, las reformas de los entes de control y la mayor participación ciudadana.

El arreglo institucional anticorrupción se incorporó en el proceso de descentralización mediante oficinas especializadas en cada departamento. De esta forma la Contraloría, por ejemplo, cuenta en cada departamento con una Gerencia Departamental, una Contraloría Departamental y en ciertos casos Contralorías Municipales o Distritales. La PGN, por su parte cuenta con Procuradurías Provinciales en cada departamento para adelantar su labor.

Es por esto que Luego de varios proyectos infructuosos de reforma aparece la ley 80 de 1993 Estatuto general de la Contratación Administrativa, que se orienta a unificar todo lo referente a ésta, a darle agilidad y transparencia y a exigirle responsabilidad a todos los sujetos que intervienen en la actividad contractual, permitiendo así, el juego autónomo de la voluntad de las partes dentro del marco de una actividad reglada. No obstante la aplicabilidad de la ley no es la correcta, pues existe arbitrariedad, perversidad y la venalidad en su consecución, produciendo así una debilidad para esta legislación, dando cabida nuevamente al fenómeno de la corrupción, si bien es cierto que dicho fenómeno es uno de

los males que mas ha carcomido a nuestra sociedad⁸¹ no hay que olvidar que se ha hecho un gran trabajo para ir cerrando las puertas a este tan desastroso fenómeno que no debe entenderse solo que afecta la contratación administrativa como punto central e importante de nuestra sociedad sino afecta también a todo ciudadano colombiano en razón de el desvio de dinero a cuentas personales, dadas regalos etc.

Así como lo establece la Contraloría General de la República en el documento Estrategias Para la Promoción del Control Ciudadano a la Gestión Pública, escribe: “la contratación pública se rige, fundamentalmente, por las normas establecidas en la ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios. Sin embargo, aún no se han alcanzado niveles óptimos de transparencia en los procesos de contratación de los recursos del Estado, de hecho en la contratación pública es donde se encuentra la principal fuente de despilfarro, corrupción y derroche del erario público”.

En la sentencia C508 de 2002 la Corte Constitucional, refiriéndose a la articulación de la denominada licitación pública con el principio de transparencia, intentó precisar el alcance de este en los siguientes términos:⁸²

“Ahora bien, el Congreso de la República al expedir la Ley 80 de 1993, con fundamento en la autorización contemplada en el artículo 150 de la

⁸¹ BBC. ENRON: Radiografía de un escándalo. www.BBCMundo.com. Miércoles 06 de febrero de 2002.

⁸² SENTENCIA C-508 DE 2002 Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil dos (2002). LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Constitución Política, estableció en el artículo 23 que las actuaciones de quienes intervengan en la actividad contractual del Estado, se encuentran sujetas a los principios de economía, transparencia y responsabilidad, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa, los cuales, como se sabe, se encuentran establecidos en el artículo 209 superior y son: la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.”

Todo lo anterior es en razón de que siempre se ha expresado la transparencia, la moralidad igualdad entre otros elementos como principios orientadores no solo de la actividad contractual administrativa sino que deben ser puestos en marcha en cualquier actividad jurídica y Social que se pretenda desarrollar, ya que como enunciado principal de nuestro ordenamiento de un Estado constitucional Social y democrático de Derecho por lo cual podemos recalcar el y a su vez debemos desarrollar ya que es aquí donde se puede observar la completa preeminencia del fenómeno de la probidad tanto en el aspecto contractual administrativo como así mismo en la sociedad.

En este sentido se afirma con acierto que la corrupción adopta múltiples formas, pero probablemente ninguna está más extendida ni tiene un costo tan elevado como la relativa a los contratos que la administración pública celebra para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras. La explicación reside sencillamente en que, como se ha resaltado, la contratación representa normalmente una significativa proporción del gasto público en todos los niveles del Estado.

Esta realidad se evidencia en los grandes proyectos de infraestructura (construcción de aeropuertos, represas, vías) y de servicios públicos que,

con frecuencia, son los que dan lugar a los más sonados casos de corrupción. Sin embargo, no es menos cierto que las prácticas corruptas también se evidencian en aquellos contratos de menor magnitud relativos a la adquisición de bienes y equipos de elevado precio (maquinaria, repuestos, vehículos, etc), como también en aquellos de uso cotidiano como material de oficina, uniformes y otros insumos que se adquieren o contratan en volúmenes o cantidades significativas todos los años.

Ahora bien, las posibilidades reales de controlar la corrupción en este importante sector de la gestión pública exigen, como uno de sus presupuestos mínimos esenciales, la adopción de un sistema normativo integrado por una serie de elementos y principios que, en su conjunto, reduzcan las oportunidades y los espacios que propician las prácticas corruptas. Sin embargo, oportuno es subrayarlo, buenas normas no son suficientes pero son ciertamente necesarias puesto que el marco o sistema normativo constituye uno de los ejes centrales de una estrategia anticorrupción.

2.3. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Al comenzar a hablar de los principios de la contratación estatal cabe hacer referencia al artículo 23, de la ley 80 de 1993 que hace referencia a que la contratación con el Estado debe regirse por una filosofía de actuación desde unos principios, así:

...dichas 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.

Las actuaciones deben basarse en estos principios básicos porque aseguran la correcta adquisición de bienes y servicios, logrando, de esta manera, la consecución de los fines estatales.⁸³ Por eso, el jefe o representante de la entidad estatal,⁸⁴ o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista debe garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, del deber de selección objetiva, establecidos en el Estatuto de Contratación Pública.

Los principios de esta ley se amparan en el artículo 209 de la CPC, así:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad,

⁸³ Siempre que se celebre un contrato en el que sea parte la administración pública, concurren varios elementos comunes que hacen que se pueda predicar una misma finalidad. Son ellos, en primer lugar, el interés colectivo ligado a toda actuación estatal; en segundo lugar, que se compromete una serie de recursos de naturaleza pública; y en tercer lugar, la presencia de lo fundamental que caracteriza a todo contrato, vale decir, el acuerdo de las partes. Citado por: Cámara de Comercio de Bogotá. (1997). *Estudios de profundización en contratación estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. p 45.

⁸⁴ El decreto 1985 de 1994, en su artículo 1, frente a los representantes legales o funcionarios delegados para realizar contratación directa, refiere: “..los jefes y representantes legales de las entidades estatales que no tengan junta o consejo directivo podrán delegar la celebración de contratos y demás actos inherentes a la actividad contractual siempre que la cuantía no excede el equivalente a veinte (20) veces los montos fijados por la ley para que el contrato sea de menor cuantía en la respectiva entidad”. Ver Sentencia Corte Constitucional 088 de 2000, V texto. Consideraciones de la Corte Constitucional. Numeral 7.

moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

En relación de lo anterior se explican las características de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y equilibrio económico, sus ventajas durante las fases del proceso de contratación y los cambios manifiestos que se dieron a partir de la reforma a la ley 80 de 1993.

Transparencia

Este principio garantiza la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia de los contratistas, aún en contratación directa (ver artículo 24 de la ley 80 de 1993). De manera adicional, el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo incluye principios como la moralidad, la contradicción y la publicidad.

Desde la contratación estatal, este principio se entiende como el pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso, con el compromiso de no soborno, con el fin de obtener o retener un contrato u otra ventaja impropia, incluyendo la colusión⁸⁵ y el interés de propiciar la selección objetiva dentro de las instancias del proceso de contratación.

⁸⁵ Acto de trabajar con otros productores en un esfuerzo conjunto por limitar la competencia y aumentar las ganancias del grupo.

En razón de la vital importancia que conlleva este principio es de mencionar algunas de las características del principio de transparencia aplicado al contrato estatal⁸⁶, visto esto como factor decisivo para el completo cumplimiento de los fines esenciales del Derecho, ya que estos son la brújula por la cual se deben guiar las actividades del Estado.

Referirse a la transparencia dentro del Estado Social y democrático de Derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre las bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento consolidado de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general.

En palabras de SANTAMARIA PASTOR, el democrático.

... es un sistema que se presupone, por definición, transparente: el poder y sus órganos, se piensa, no deben tener a penas secretos para los ciudadanos, por lo mismo que estos son los auténticos titulares y propietarios de aquel. Es notorio, por otra parte, que los sistemas autoritarios o totalitarios tienden naturalmente a levantar el velo impenetrable de misterio sobre la actuación de sus poderes: el secreto ciertamente, incrementa la eficacia de las técnicas de dominación y control Social⁸⁷

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recogiendo la concepción material del concepto de Estado de Derecho, retoma el principio de transparencia destacándolo como fundamental para efectos de la determinación de los requisitos legales esenciales del contrato. Señala precisamente:

⁸⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación indebida Vol. 4 Universidad Externado de Colombia 2004 pag. 188

⁸⁷ Juan Alfonso SANTAMARIA Pastor. Fundamentos de Derecho administrativo, I; Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991 P 251.

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Esto último aparece regulado en los ordinales 2º, 3º y 4º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, al disponer que los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir informes, conceptos y decisiones que se rindan y adopten, además de fijar un aviso donde se invita a presentar propuestas, cuando se trate de enajenación de bienes estatales a través de contratación directa⁸⁸

Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez pureza y traslucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina.

El principio se concreta legalmente en varios aspectos, tal como surge del artículo 24 de la ley 80 de 1993: la escogencia del contratista se debe efectuar siempre a través de licitación o concurso público, salvo los casos expresamente previstos en el numeral 1 de esta norma; se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o se adopten en el proceso de contratación; los proponentes pueden solicitar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública; se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales, de las actuaciones y propuestas recibidas; se elaboran los pliegos de condiciones o términos de referencia con reglas objetivas, justas, claras, completas y precisas que permitan la adecuada confección de las oferta; se señalan las reglas de adjudicación del contrato en los avisos de apertura de licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia; se motivan los actos administrativos que se expidan, excepto los de mero trámite; se actúa sin desviación o abuso de poder y sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto.

Se trata, sin duda, de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de julio de 2001, ex 13681.M.P Nilson Pinilla Pinilla.

principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa. (art.209 C.N)⁸⁹

Así mismo, la Corte Constitucional le otorga expreso reconocimiento a este principio determinante de la legalidad de la contratación al establecer:

Cabe recordar que el principio de transparencia, a que alude el artículo 24 e la ley 80 de 1993, garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratista. La aplicación de dicho principio implica que dicha escogencia se efectuó siempre a través de la licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del Derecho de que trata el artículo 273 de la C.N.

En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24 exige que los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección y se definan 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 desierto de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias imposible cumplimiento y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada⁹⁰

Junto a este principio se destacan otros implícitos como la selección objetiva y la publicidad, mecanismos para el fortalecimiento de este principio. En

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de Diciembre de 2000, ex. 17088 M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 128 de febrero de 2003. MP.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

algunas obras de este mismo tenor, estos dos aparecen independientemente, pero en la práctica hacen parte del principio general de la transparencia.

Para que se cumpla la selección objetiva, la entidad debe garantizar la selección de la propuesta más favorable a los intereses del servicio público y el Estado. En cuanto a la publicidad, la entidad, a través del proceso de contratación, debe suministrar la información inicial que posea, y toda la que se genere durante el cronograma, a las autoridades y particulares (incluyendo veedores ciudadanos) que lo requieran, sin perjudicar la confidencialidad de los procesos de evaluación y documentación.

En tal caso, se parte de la organización precisa y detallada de un cronograma de actividades para el desarrollo del proceso de contratación, en el cual se evidencian momentos especiales como la evaluación de propuestas, la audiencia de aclaración de pliegos y adjudicación del contrato. Estas prontitudes están basadas, de igual manera, en el principio de la legalidad y la finalidad del interés público, garantizando los procedimientos de la selección y requisitos previstos en el Estatuto general para la contratación de la Administración Pública.⁹¹

Por otra parte, cuando se declara desierta la licitación, ésta debe ser motivada por casos que impidan la escogencia objetiva de la oferta. El aspecto más relevante se refiere al no cumplimiento de estándares técnicos

⁹¹ Todos los contratos tanto de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, como de designación de árbitros propuestos por las entidades públicas, cuando corresponda a las partes la designación, deberán estar precedidos de la publicación de la hoja de vida de las personas que vayan a ser contratadas o designadas, durante 3 días, en las páginas web de cada entidad y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), para el reconocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones al respecto. Tomado de: Directiva presidencial 02 de 2007, que adiciona directiva presidencial 03 de 2006.

que apunten a poner en peligro la operación en calidad y suficiencia y, en especial, en su inocuidad. Para cualquier caso, esta declaración se debe realizar mediante acto administrativo, en el que se señalen detalladamente las razones que se tuvieron para tomar la declaración de desierta.

Economía⁹²

El principio de economía tiene significativa importancia dentro del proceso de contratación estatal y en desarrollo del mismo. El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, estableció:

Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

De igual manera, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3, frente a este principio consagra que:

⁹² Austeridad y mesura en los gastos e inversiones realizados para la obtención de los insumos que requieren los procesos para satisfacer las necesidades de la comunidad. Se presenta en la adquisición de los insumos del proceso. Tomado de: Glosario del Comité Interinstitucional de Control Interno de las Universidades Públicas (CIUP). Disponible en: <http://controlinterno.udea.edu.co/ciup/glosario.htm>. Acceso en: noviembre 21 de 2008. Jhon Jairo Bejarano Roncancio 62

Se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes Intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordena en forma expresa.

También, este principio aboga por establecer la seriedad de la oferta bajo una garantía única, la consolidación de unos deberes previos para con el proceso licitatorio y contractual; adicionalmente, permite la intervención de comités asesores y delegación, tanto de las corporaciones públicas⁹³ y los organismos de vigilancia y control como de las contralorías.

En resumen, este principio opera bajo la debida administración de los recursos económicos destinados a la contratación de bienes y servicios. Por eso, el funcionario responsable del proceso debe vigilar la adecuada inversión y el destino del presupuesto; además, debe evitar actuaciones u omisiones que produzcan perjuicios económicos a la entidad y los proponentes.

Responsabilidad⁹⁴

⁹³ Se refiere al Senado, la Cámara de Representantes, las asambleas, los concejos municipales y distritales y las juntas administradoras locales.

⁹⁴ Etimológicamente, responsabilidad “*respondere*”, significa “dar respuesta a”. Las acepciones al respecto: “deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”. “Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”. En cuanto a la definición de “responsable” es, quien esté “obligado a responder por alguna cosa o por alguna persona”. Tomado de: *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. (1970). Madrid: Espas-Calpe, p.1356. Jhon Jairo Bejarano Roncancio 64

Bajo este principio se le brinda mayor autonomía a las entidades estatales para establecer su régimen de responsabilidad. De igual manera, brinda referentes en este aspecto a los servidores públicos y particulares que los comprometen desde lo disciplinario,⁹⁵ civil⁹⁶ y penal⁹⁷ cuando incurren en actuaciones y omisiones antijurídicas que los obligan a indemnizar al Estado y a terceros por los daños causados. En otras palabras, las instituciones públicas y sus funcionarios están comprometidos de manera directa con el cumplimiento de las leyes colombianas, en representación del Estado, ante la sociedad.

Por eso, para evitar la dilución de la responsabilidad en los procesos de contratación, en ocasiones, representantes de algunas corporaciones públicas y organismos de control y vigilancia se hacen presentes en la audiencia pública de adjudicación en caso de licitación. Sin embargo, algunos procesos han requerido de una observación permanente durante otras fases por manifestaciones o situaciones de hecho motivadas por los mismos entes de vigilancia. En materia de responsabilidad, resulta oportuno hacer especial mención a la figura del interventor quien, dada su función de verificador del cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, se convierte en participante imprescindible en el proceso contractual. Lo anterior, en la medida en que a través de su eficaz intervención busca salvaguardar el bien común y el interés general,

⁹⁵ Hace referencia al Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002 y la investigación pertinente a cargo de la Procuraduría General de la Nación a los servidores públicos y particulares que intervienen en contratación con el Estado.

⁹⁶ Aplica el principio de la buena fe, de la transparencia y de la moralidad pública en los procesos de contratación con el Estado.

⁹⁷ Se refiere a los delitos y las contravenciones en contra del Estado, a través de la Contratación Estatal.

representado en actuaciones integrales que, a manera de ejemplo, pueden ir desde el control del desarrollo y la ejecución del objeto contratado, hacer observaciones pertinentes, hasta impedir interrupciones injustificadas y evitar conflictos entre las partes. Sin embargo, ello se logra siempre y cuando la entidad contratante sea acertada en su elección, atendiendo a criterios como la suficiente capacitación, la experiencia probada y los conocimientos adquiridos.

Bajo este entendido, se considera que se podrá contrarrestar significativamente la aparición de prácticas inaceptables de parcialidad y subjetividad al momento de contratar. Esto, en la medida en que los participantes de la contratación estatal actúen bajo los lineamientos de una verdadera ética profesional y cuenten con los conocimientos suficientes que brindan el juicioso estudio de la normatividad existente, referida a lo largo de la presente obra.

Equilibrio económico del contrato (o de la ecuación contractual)

El equilibrio, o la ecuación contractual, no se refieren únicamente a aspectos económicos, pues busca mantener la igualdad o equivalencia entre todos los Derechos y las obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar según el caso. Observar únicamente el aspecto económico, como susceptible de aplicar la figura de la ecuación contractual, es desconocer las restantes prestaciones incluidas en el contrato.⁹⁸

Sin embargo, al entrar en vigencia la ley 1150 de 2007, se introducen en los pliegos la estimación y tipificación (cualificación y cuantificación) de los

⁹⁸ Sentencia de febrero 15 de 1999, expediente 11.94, proferida por la sección tercera del Consejo de Estado.

riesgos previsible, así como su publicación. Por tanto, los estudios previos a cargo de las instituciones deben contener elementos y criterios de calidad para evitar el incumplimiento de este principio. La estimación y tipificación de riesgos se hace de manera conjunta –entidades contratantes y proponentes– así como la revisión y el ajuste –previos al cierre del proceso–. De esta manera, las partes advierten los riesgos probables durante la ejecución del contrato con el propósito de efectuar reclamaciones posteriores.

Para este caso, en la elaboración de estudios de pre factibilidad (estudios previos), es necesario tener en cuenta la administración, los imprevistos y las utilidades del contrato (AIU).

En general y en consideración a los principios aquí desarrollados, las entidades estatales responderán por actuaciones u omisiones antijurídicas que perjudiquen a los contratistas. Además, responderán cuando den a conocer licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los pliegos de condiciones, estudios previos y evaluaciones, o cuando éstos hayan sido elaborados de manera incompleta o confusa, hecho que conlleve a interpretaciones equivocadas o decisiones a favor de intereses particulares.

2.4.PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Desde el enfoque de la contratación pública, se resaltan algunos artículos relacionados directamente con ellos; por ejemplo, el artículo 83, refiere que: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe,⁹⁹ la cual se presumirá en todas las

⁹⁹ Se refiere a que todas las acciones relacionadas con la contratación deben ceñirse a este principio. En estas relaciones bilaterales se maneja con el criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de Derecho y adecuado a las expectativas de la otra parte.

gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Otros artículos manifiestan articulación y responsabilidad del Estado con la contratación pública, como reza en el artículo 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

De esta manera, todos los actores involucrados en los procesos de contratación deben cumplir con unos deberes constitucionales, por lo cual son responsables del cumplimiento de lo consagrado en todas las normas que lo rigen.

Respecto a la participación de las empresas colombianas en el proceso de contratación con el Estado, el artículo 333, establece que: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”. Así mismo, realiza algunas precisiones adicionales, frente a lo estipulado en este artículo, a saber:

- La libre competencia económica es un Derecho de todos, la cual supone responsabilidades.
- La empresa, como base del desarrollo, tiene una función Social que implica obligaciones.
- El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
- El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

- La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés Social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Por último, el artículo 365 manifiesta que los servicios públicos¹⁰⁰ son inherentes a la finalidad Social del Estado. Por eso, “Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (...) Éste debe regular, controlar y hacer vigilancia de dichos servicios”. El alcance de este postulado incluye cualquier servicio que el Estado preste, inclusive para programas en los cuales su eje de intervención es la alimentación.

¹⁰⁰ Tanto los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

3. CORRUPCIÓN Y PROBIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN Y PROBIDAD

La corrupción no es propiedad de una época determinada, ni es propiedad estatal. Es un elemento subyacente en toda la interacción humana que en su presentación frente al grupo Social pareciera producir reacciones de rechazo.

En el antiguo testamento, Moisés enseña al pueblo de Israel: “No aceptes soborno, porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos”.

Años después el Corán dice: ¡o mi pueblo! Poned vuestra fe plena en la Justicia..... Y no cometáis maldad en la tierra, para no causar corrupción”.

Unos mil años más tarde, Confucio encontró que en China había un gobierno corrupto, y empezó a sentar las altas normas morales que él creía que llevarían a una sociedad más armoniosa.

En la época de los grandes pensadores de tiempos remotos como Platón, Aristóteles, Talúcides y otros, el término “Corrupción” tenía un sentido más amplio y genérico que el que se maneja en tiempos modernos; utilizaban el término para referirse más a la salud moral del conjunto de la sociedad, que a las acciones de las personas naturales que atentaran contra su propia moral y dignidad, en detrimento de los demás. Basaban su juicio sobre los términos de la distribución de la riqueza y del poder, la relación entre dirigentes y seguidores, las fuentes del poder y el Derecho moral de los gobernantes a gobernar, en el amor a la libertad de un pueblo, en la calidad del liderazgo político y la viabilidad política de los valores o del estilo político.

ETIOLOGIA DE LA CORRUPCIÓN:

El diccionario de la Real Academia Española, define a la corrupción como la "acción y efecto de corromper o corromperse. Alteración, soborno o vicio en las cosas materiales". De éste concepto, sobre todo respecto a la primera parte, ha surgido la frase "tan corrupto es el que da como el que recibe" y que incluso haciéndose eco de ello la ley sanciona con dureza a ambas partes.

El mismo diccionario de la Real Academia Española, establece como una de las definiciones del término "corromper", el hecho de sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera.

La palabra corrupción en su actual sentido Social y legal, es la acción humana que viola las normas legales y los principios de la ética. Hay quienes al hablar de la corrupción se refieren a los actos deshonestos en que incurren los empleados del Estado.

DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN APLICADA AL SECTOR PÚBLICO:

Del estudio de la corrupción han surgido varias definiciones, entre otras, la expuesta por *Laporta*: "Un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente, organización, partido, a través de una transferencia de recursos del sector público o del privado, una ganancia personal"¹⁰¹

Otra definición: "La corrupción es la conducta que se desvía de los deberes formales de la función pública para obtener beneficios privados (entornos

¹⁰¹ Francisco J. Laporta *La corrupción política*, introducción general Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1997, pp 20

familiares y personales) pecuniarios o de prestigio; o viola cierto tipo de regla que sanciona el ejercicio de ciertos tipos de influencias relacionadas con lo privado”¹⁰²

Robert Klitgaard, Decano de la escuela de post grado, Santa Mónica, California, ilustra la corrupción en la siguiente ecuación: **C=M+D-R**, cuya interpretación se traduce en los siguientes términos: “Corrupción es igual a Monopolio más Poder Discrecional menos Rendición de cuentas”. Si existe un monopolio y la aplicación de las normas se deja a su discreción y nadie le exige rendir cuentas, tiene mayor probabilidad de volverse corrupto.

Transparencia Internacional, una organización internacional no gubernamental dedicada a asegurar la responsabilidad de los gobiernos y reducir la corrupción a nivel nacional e internacional y que concentra sus estudios en la corrupción del sector público, define la corrupción como: “el abuso de poder en beneficio privado”

Para los fines de este trabajo, se define la corrupción como: “el fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Corrupto es por lo tanto el comportamiento desviado de aquel que ocupa un papel en la estructura estatal. La corrupción es también un modo particular de ejercer influencia: influencia ilícita, ilegal e ilegítima”.

¹⁰² Nye, J. Corruption and political development: A cost benefit analysis, *American political science review* 61, pp 417-427

DEFINICION DEL FENOMENO DE PROBIDAD

Cabe entrar a definir el concepto de probidad entendiéndose este como lo establece el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua identifica el término “probidad” con “honradez” y define ésta, a su vez, como “rectitud de ánimo, integridad en el obrar”. Según la ley, el principio de probidad administrativa consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”

A si como lo estableció James D. Wolfensohn, ex Presidente del Banco Mundial, “No importa cuanta inversión y comercio fluyan hacia un país, y no importa cuán rápidamente crezca la economía, la estabilidad económica no se puede arraigar en un entorno dominado por la corrupción. Ya sea que se trate de padrinazgos entre las grandes compañías y los funcionarios públicos quienes toman las decisiones, o del soborno de funcionarios de aduana o de jueces, la corrupción afecta el imperio de la ley, estrangula el crecimiento económico y perjudica más a los pobres”.

“La corrupción es una de las mayores lacras del mundo moderno. La corrupción mina el *buen gobierno, deforma esencialmente la política pública, falsea y distorsiona la correcta aplicación de los recursos y deteriora el sector privado y sus posibilidades de desarrollo, afectando muy especialmente a los más desfavorecidos*” (Peter Eigen, Presidente de Transparencia Internacional).

3.2. CAUSALES DETERMINANTES PARA LA EXISTENCIA DE ESTOS FENÓMENOS

La corrupción, en todas sus formas, no se limita a ningún país en particular. La corrupción en China, donde los burócratas han comercializado su poder administrativo¹⁰³ realmente no es distinta de aquella que hay en Europa, donde los partidos políticos han recibido enormes comisiones informales para proyectos de obras públicas (en Italia, el costo de la construcción de carreteras ha disminuido más de veinte por ciento desde el ataque a la corrupción denominado .Manos Limpias.). Se han establecido fondos irregulares en cuentas bancarias suizas para el financiamiento ilícito de partidos políticos, y se sospecha que estos fondos se han filtrado hacia bolsillos privados.

En Gran Bretaña, escándalos sobre conflictos de interés involucraron a miembros del parlamento hasta tal punto que sólo 11 por ciento del público creía que generalmente se podía confiar en que los ministros .dijeran la verdad. (El porcentaje era de 84 por ciento para doctores y maestros, y de 72 por ciento para locutores de noticias en televisión).

Mientras que la mayor parte de los grupos ocupacionales habían mejorado su reputación en los últimos diez años, la reputación de los ministros y de los políticos en general, ya baja, disminuyó aún más. La reacción de la prensa sugiere que el cinismo público en Gran Bretaña, en todo caso, ha crecido considerablemente desde 1993, cuando se hizo la encuesta.¹⁰⁴

¹⁰³ Véase Yufan Hao y Michael Johnston, *Reform at the Crossroads: An Analysis of Chinese Corruption*, Departamento de Ciencia Política, Universidad de Colgate, Hamilton, NY, enero de 1995.

¹⁰⁴ MORI hizo la encuesta. A los periodistas les fue peor, ya que su posición pasó de 19 a 10 por ciento, ilustrando la crisis en los medios públicos británicos. Véase *Standards in Public Life: First Report of the*

Teniendo en cuenta lo anterior se puede establecer como factores que conducen al Estado de corrupción¹⁰⁵ los siguientes:

1. *SENSUALIDAD DEL PODER*

Para alcanzar el poder todo vale, el poder nos atrae, se pierde el control de los modos éticos de la conducta.

2. *HEDONISMO Y LA AMBICIÓN DE RIQUEZA*

En nuestra sociedad la mayor cantidad de bienes materiales da prestigio, lo vemos como una virtud, algo digno de admiración (en lugar de reprocharlo)

3. *INACTIVIDAD, INOPERANCIA O DESNATURALIZACIÓN FUNCIONAL*

Cuando los organismos de control y de sanción establecidos se encuentran en esta situación, con la consiguiente impunidad; por ejemplo: lo voy a hacer, no me va a pasar nada, si al otro no le pasa nada, a mí tampoco.

4. *FALTA DE OPINIÓN PÚBLICA*

La opinión pública es muy importante (generalmente no se equivoca), y la prensa es la encargada de transmitirlo.

La opinión pública, por silenciosa, por falta de conocimiento, por indiferencia, permite la corrupción; por eso, si tiene como

Committee on Standards in Public Life Vol. I: Report, (HMSO, Londres, 1995), p. 107. La encuesta se encuentra en la sección sobre Casos Exitosos de la versión electrónica de este Libro de Consulta: www.transparency.org.

¹⁰⁵ Cepeda, Fernando. La corrupción administrativa en Colombia. Diagnóstico y recomendaciones para combatirla, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Contraloría General de la República, Fedesarrollo, 1994, pp. 14-27.

expresarse, como manifestarse a través de la prensa, podría entonces poner frenos a la corrupción

Los dos primeros factores se encuentran en la intimidad del propio sujeto y es controlable por el mismo, los otros dos son ajenos al sujeto y son controlables desde afuera, por la sociedad.

En el artículo “Corrupción y Desarrollo”, de los señores *Cheryl W. Gray* y *Daniel Kaufman*, para entonces funcionarios del *Banco Mundial*, publicado en la revista *Finanzas & Desarrollo*, aseveran que la corrupción es generalizada en los países en desarrollo y los países en transición, no porque su población sea distinta de la de otros países sino porque las condiciones la propician: Expresan que la motivación para obtener ingresos es sumamente fuerte, exacerbada por los siguientes factores, entre los que consideramos más relevantes:

- La pobreza y los reducidos sueldos de la administración pública.
- Carencia de mecanismos de distribución de riesgos, incluidos los seguros y un mercado laboral bien desarrollado, para atender los innumerables riesgos que están expuestos, tales como: enfermedades, accidentes y desempleo.
- La necesidad de más reglamentación en las economías muy reglamentadas, en las cuales las rentas procedentes de los monopolios pueden ser muy elevadas.
- Las rentas económicas son particularmente elevadas en las economías en transición, dado el volumen de propiedades que antes pertenecían al Estado y que ahora están disponibles.
- El poder discrecional de muchos funcionarios públicos.
- La existencia de normas y reglamentaciones mal definidas, continuamente cambiantes y mal difundidos.

- Falta de rendición de cuentas o, si existe, deja muchas dudas nunca aclaradas.
- La competencia política y las libertades cívicas suelen estar restringidas.
- Las leyes y los principios de la ética en el gobierno están poco desarrolladas y las instituciones encargadas de velar por su aplicación están mal preparadas para esta compleja tarea.
- Las Instituciones de vigilancia, como los investigadores, los contadores y la prensa también son deficientes.

Por tal motivo se puede concluir afirmando que el fenómeno de la corrupción es un elemento mortal dentro de las sociedades carcomiendo las estructuras políticas y Sociales, provocando así un estancamiento Social económico y tecnológico bastante notable, donde el actuar ciudadano se encuentra estancado debido a la inobservancia y dejadez del Estado en manos corruptas, criticando así después las formas de gobierno que se imponen en nuestra sociedad.

3.3. ASPECTOS DETERMINANTES DENTRO DEL MARCO DE LA LEY 80 EN CUANTO A LA ERRADICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA

En Colombia, la Constitución Política (artículo 209) establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de **igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**. En tal sentido, la adquisición de bienes y servicios, indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado, debe realizarse conforme a los principios citados.

Sin embargo es de mencionar que ya el conceso de Estado en reiteradas jurisprudencias ha discutido la importancia de tales principios que servirán de guía para el desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Derecho, por tal motivo es de mencionar un extracto de sentencia adonde se habla de las características de la moralidad que deberían tener los funcionarios públicos en relación a trabajo que desarrollan como tal, es por esto que nos podemos referir de la siguiente manera:

... características: “a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este Derecho colectivo implica la vulneración de otros Derechos de la misma naturaleza”¹⁰⁶.

En la actualidad Colombia tiene vigente la Ley 80 del 28 de octubre de 1993¹⁰⁷, la cual en su artículo 1° menciona su objeto el cual es la de “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”, en ella se pretende dar las herramientas necesarias para que los servidores públicos del Estado, contraten de manera eficiente y transparente los bienes y servicios necesarios en las entidades estatales para su normal funcionamiento y cumplan con la misión de cada una de ellas.

¹⁰⁶ Consejo de Estado Sección Tercera Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp70001-23-31-000-2004-00385-01(AP)

¹⁰⁷Publicada en el Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993

Entre los apartes que encontramos en esta ley, se puede resaltar aquellos relacionados con los fines de la contratación estatal, que se centran en la “continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los Derechos e intereses de los administrados” que tiene como fin particular el cumplimiento de la función Social que deben garantizar todas las actuaciones de sus funcionarios.

De igual forma, se encuentra un aspecto importante que destaca la condición humana que debe tener el funcionario público, en cuanto a los principios de la contratación estatal que tiene que ver con la actuación y comportamiento de las personas que intervienen en dichos procesos, son los principios de la contratación estatal, ellos son: transparencia, economía y responsabilidad, en ellos están inmersos comportamientos como la regulación de la conducta, las reglas de interpretación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho administrativo.

Es también de mencionar como punto vital para el completo desarrollo de la actividad estatal la aplicación correcta de la resolución 5772 del 2006 la cual establece el sistema información para la vigilancia de la contratación estatal, en el proceso auditor, es de aclarar que esta resolución debe ser entendida como aquella herramienta que limita de manera clara la actividad contractual al establecer elementos más precisos para el desarrollo de tal actividad como se puede observar en su parte resolutive la serie de preceptos que se configuran como pautas de comportamiento tanto para los funcionarios como de los usuarios, así como se puede establecer en su primer punto donde establece las OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS DEL SISTEMA, situación que es de vital importancia ya que como se observa va creando un sistema ordenado y de fácil acceso.

Otro punto de observación que podríamos mencionar son las obligaciones del auditor, herramienta vital para el perfecto cumplimiento de las normas de la contratación, el programa de auditoria cuyo fin esencial es el de establecer el cumplimiento de las obligaciones que tienen las entidades del Estado que aplican en sus procesos de contratación la Ley 80 de 1993, entidades y particulares que manejan recursos públicos con régimen especial de contratación; y los proveedores que ofrezcan sus servicios al Estado, con respecto al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE, así como también establece las obligaciones de las entidades como a los proveedores que se rigen por la ley 80 de 1993, así como las excepciones al cumplimiento del SICE que debe ser excepcionales de manera temporal ya que aclara el porqué de esa excepción.

Ley 80 de 1993 también dispone que en la interpretación de las reglas contractuales se tengan en consideración “los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y Derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” y establece el deber de **selección objetiva**.

Para poder determinar los aspectos de la ley 80 en cuanto a la erradicación administrativa cabe enunciar los elementos internos estipulados para combatir la corrupción en los contratos al fortalecer los requisitos para las personas que desean contratar con el Estado por tal motivo cabe precisar a los siguientes

- La Ley 80 de 1993 en su artículo 22 creó 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, suministro¹⁰⁸ y compraventa de bienes muebles. De lo anterior, tenemos que para celebrar contratos de prestación de servicios o de concesión no se requiere estar inscrito en el Registro, ofreciendo dificultades la verificación de antecedentes de quienes aspiran a celebrar tales contratos.

- El registro, que es público, es llevado por las Cámaras de Comercio con base en la autclasificación por especialidades, grupos o clases y la autocalificación que hacen los inscritos con fundamento en su experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización. El suministro de documentos o informaciones falsos para la inscripción, calificación o clasificación, ocasiona la cancelación del registro e inhabilita por diez años al proponente para contratar con el Estado.

También están sometidos a registro los precios de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, en este caso el registro lo realizan las personas que aspiren a ser proveedores de la administración pública¹⁰⁹. Este Registro es independiente del que administran las Cámaras de Comercio, y es conocido como el Registro único de precios de referencia RUPR¹¹⁰. La consulta de este registro es un requisito legal para la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales.

¹⁰⁸ Resolución 5772 del 2006 numeral 3.4.2

¹⁰⁹ Resolución 5772 del 2006 3.2.2.1

¹¹⁰ Este registro hace parte del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE

- El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 establece el deber de selección objetiva, el cual es exigible en todos los sistemas de contratación. Por tal se entiende la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta motivaciones subjetivas
- En 2004, mediante el Decreto 3620, se creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública¹¹¹, con el objeto de asegurar la coherencia y la coordinación de las actividades de las entidades en materia de contratación; proponer la adopción de políticas orientadas a la reducción de los costos de operación y transacción de las entidades; formular medidas encaminadas a fortalecer la transparencia y visibilidad y proponer parámetros orientadores de una adecuada gestión contractual pública; formular directrices para el fortalecimiento de la planeación contractual a partir de la evaluación y monitoreo de la gestión contractual por indicadores; definir parámetros para la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica.

Considerando la naturaleza de la Comisión¹¹², sus pronunciamientos no tienen fuerza vinculante, y está limitada a la formulación de

¹¹¹ La información sobre las actividades de la Comisión puede ser consultada en el Portal Único de Contratación, www.contratos.gov.co

¹¹² Artículo 45 de la Ley 489 de 1998: “El Gobierno Nacional podrá crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos, cuando por mandato legal o en razón de sus características, estén a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos. El Gobierno podrá establecer la sujeción de las medidas y actos concretos de los organismos y entidades competentes a la previa adopción de los programas y proyectos de acción por parte de la Comisión Intersectorial y delegarle algunas de las funciones que le corresponden. Las comisiones intersectoriales estarán integradas por los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de los organismos y entidades que tengan a su cargo las funciones y actividades en referencia.”

recomendaciones y lineamientos de política que tendrá en cuenta el gobierno al momento de reglamentar el régimen contractual vigente, o proponer reformas al régimen existente.

Así, no existe una autoridad rectora que pueda expedir regulación o que se encargue de administrar y consolidar los sistemas de información de la contratación pública, incluyendo los registros de contratistas, o que dicte los lineamientos para la interpretación de las normas de contratación. Son limitadas las herramientas con las que cuenta la Comisión, que no tiene autonomía presupuestal, personería jurídica ni patrimonio propio.

3.4. NUEVOS APORTES DE LA LEY 1150 EN CUANTO A LA FALTA DE PROBIIDAD

La regulación de la contratación pública es esencial para la adecuada utilización de los recursos públicos. En primer lugar, a través de la contratación pública se ejecuta una gran parte del presupuesto. Más de la mitad del presupuesto anual de las entidades de nivel central se ejecuta a través de diferentes esquemas de contratación.

El artículo 209 de la Constitución consagra los objetivos de una contratación transparente y eficiente, que luego fueron reglamentados por la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Después de más de diez años de aplicación del estatuto de contratación, diversos estudios, la mayoría contratados por el mismo gobierno, demostraron que esta ley es obsoleta y que es necesario adecuarla a las

realidades actuales, especialmente ahora, después de una profunda crisis económica que terminó en mayores exigencias de eficiencia por parte del Estado. Basado en estos estudios, la administración presentó al Congreso tres proyectos de reforma a la ley de contratación.

En razón de lo anterior se puede mencionar que los aportes de la ley 1150 de 2007 a la probidad se dan primeramente en razón de la modificación sustancial que se hace a la ley 80. No se trata de expedir un nuevo estatuto para la contratación, sino de modificar el actual. Los dos ejes centrales que busca la reforma son la transparencia y la eficiencia en la contratación pública.. Una ley que a través de trámites y procedimientos engorrosos impida una buena gestión puede ser tan perjudicial como la corrupción en la consecución de las metas de las políticas públicas.

La reforma visualiza la complementariedad entre la eficiencia y la transparencia a través de la simplificación de los procesos de contratación y de la generación de información pública clara, transparente y verificable. La simplificación de los procesos permite que la contratación se ejecute de manera eficiente, a la vez que la información es una herramienta de ataque contra la corrupción. La simplificación de los procesos puede reducir en algunos casos la contratación de 4 ó 5 meses a algunas horas. Específicamente, la propuesta original contenía 17 artículos a través de los cuales se busca modificar las reglas de contratación y generar mejor información para el control y el seguimiento dentro de las modificaciones que se plantearon encontramos:

1. Modificar las modalidades de selección en la contratación de acuerdo a las características del objeto Estas modalidades son:

- a. la licitación pública, cuando la complejidad del objeto amerite una cuidadosa evaluación;
- b. la selección abreviada, cuando se trate de adquirir bienes de “características técnicas uniformes y de común utilización”¹¹³; y
- c. selección de consultores (“concurso de méritos”).

La reforma busca con estas modalidades que los gastos generales se contraten de manera diferente que los gastos de inversión.

2. Modificar la evaluación de las propuestas. Esta se centraba en las características de los oferentes, más que en la propuesta técnica y el precio del producto contratado. Es decir, tenía más posibilidades de ganarse el contrato quien tuviera mejores características preestablecidas, independientemente del precio y de la calidad del producto que ofreciera. Con la reforma, las características del oferente son ahora un requisito mínimo, y la evaluación de la oferta se hará de acuerdo al precio y a la calidad. La verificación de las condiciones de los contratistas estará en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio.

Estas simplificaciones y readecuaciones se acompañan con el diseño del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -secop- para hacer seguimiento y control de la gestión pública.

3. Otro punto importante es la repartición de los riesgos entre contratante y contratista. Para esto, la entidad contratante debe identificar e incluir en los pliegos de contratación todos los riesgos previsibles. Por su parte, el contratista debe valorarlos e incluirlos en el costo de su

¹¹³ Ver exposición de motivos del proyecto de ley original.

oferta. De esta manera se tendrá un horizonte claro de los riesgos y de sus costos, y la entidad contratante podrá conocer estos costos y negociar sobre ellos.

En aras de la transparencia, los pliegos deben publicarse, y deben ir acompañados de todos los estudios que la entidad considere necesarios para desarrollar el objeto de la contratación. La reforma también busca eliminar algunos de los costos de la contratación que en últimas terminan siendo pagados por el Estado, como los costos de los pliegos.

4. Otras medidas de transparencia son las relacionadas con el uso de subastas de licitación pública, y con la reglamentación de contratos interadministrativos que actualmente son una “vena rota de los recursos del Estado”¹¹⁴.

En suma, además de la importancia de la contratación como herramienta para ejecutar las políticas públicas, la percepción de corrupción y la abstención de empresarios para participar son altas. Tal como se mostró, los principales artículos de la reforma aprobada van en esta vía de simplificar los procesos, abaratar sus costos, y hace que las evaluaciones sobre las ofertas se hagan sobre la calidad y el precio y no sobre las características de los oferentes.

¹¹⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 96, Cámara de Representantes, Bogotá, Martes 27 de marzo de 2007, Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley No 057 de 2006 de Cámara, y 020 de 2005 de Senado.

4. MODIFICACIÓN AL ESTATUTO CONTRACTUAL (LEY 1150 DE 2007)

4.1. ANTECEDENTES

Desde la iniciación de nuestra vida republicana la legislación se preocupó por regular la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento, vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos.

La ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizado 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. Solo 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.

Por otra parte, al hacer un balance de la aplicación del Estatuto General de Contratación Ley 80 de 1993, se aprecia el carácter exceptivo de su aplicación, producido como consecuencia de la escasa adaptabilidad de algunos de sus preceptos a las necesidades de contratación de las entidades y a las características de los diferentes sectores a los que va dirigido, de donde podría concluirse que en algunos casos la ley incurre en un excesivo reglamentarismo que pasa por la definición de procedimientos e instancias sin tener en consideración las diferencias derivadas de la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la contratación con recursos públicos.

Muestra de lo anterior es la proliferación de regímenes exceptivos a la aplicación de la ley, que en la mayoría de los casos no son otra cosa que la búsqueda de salidas para la aplicación de reglas más acordes a la complejidad del objeto contractual y a la realidad del mercado.¹¹⁵

De igual manera, resulta evidente la falta de estructura y criterio en la producción de reglamentos, lo que denota una ausencia de política pública en la materia, que permita la definición de lineamientos para su manejo, manteniendo la necesaria unidad con el contenido legal.¹¹⁶

Uno de los reparos más frecuentes formulado a la Ley 80 de 1993 ha sido el gran número de excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley. Si bien existen entidades que por su naturaleza y sus funciones o por las condiciones del entorno donde éstas deben cumplirse (mercados cambiantes, compras reservadas, etc.), deben estar excluidas del régimen general, esto no justifica tantas excepcionalidades.

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

¹¹⁵ En este punto vale la pena resaltar el hecho de que muchos de los regímenes exceptivos a la aplicación de la Ley 80 de 1993 encuentran su origen en la propia ley, que al establecer tratamientos diferenciales para ciertas entidades, tales como las empresas industriales y comerciales del Estado abrió la posibilidad de que se diseñaran procedimientos que en algunos casos no consultan los principios orientadores de la contratación pública.

¹¹⁶ Prueba de esta situación se aprecia claramente en lo que tiene que ver con la estructura de los procedimientos de selección creados en la ley. Por una parte, se encuentra la licitación pública cuyas reglas y criterios de aplicación se encuentran definidos desde la ley, y por otra se encuentra la contratación directa, respecto de la cual la ley solamente se pronuncia en lo que tiene que ver con causales de ocurrencia, dejando en manos del Gobierno la reglamentación de su desarrollo, lo que hasta antes de la expedición del Decreto 2170 de 2002 tenía como consecuencia que los procedimientos de la contratación directa estuvieran diseñados a la medida de la entidad, sacrificando en algunos casos la selección objetiva.

ciudadano eficaz requieren el conocimiento de todos y cada uno de 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.

Sin embargo, la problemática no se detiene en las entidades excluidas del campo de aplicación de la ley, pues aquellas que sí están sometidas, en ocasiones se han valido de las primeras para eludir su cumplimiento. Es decir, los regímenes de excepción pueden, en determinados casos, servir de puente para la subcontratación y la omisión de las reglas y principios del estatuto general por parte de las entidades que están obligadas a acatarlos.

En efecto, la Contraloría General de la República, en su informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, afirmaba que éstos “pueden conducir a las entidades gubernamentales a evadir normas contractuales y a sustraerse a un control fiscal efectivo a la gestión de los recursos involucrados en los convenios.”

La eliminación de esta prerrogativa (en especial cuando se trate de convenios celebrados con recursos públicos) fue recomendada por el CONPES 3249, y por el Banco Mundial, que en el CPAR 20063 advirtió: “es evidente que el objeto de la contratación de entidades de cooperación no puede ser el de poner al servicio de la agencia gubernamental su capacidad de poder contratar bajo normas diferentes a la Ley 80 de 1993, pues ello configura realmente una mera operación de intermediación.”

Se puede apreciar en relación a lo anterior un sin número de desajustes en el estatuto general de contratación dejando vacíos jurídicos en los cuales se podía apreciar muchas veces el ingreso de la corrupción estatal provocando una inestabilidad y atrofiamiento estructural muy grande, y es en razón de lo anterior que se decide darle un vuelco grande, significativo a la contratación estatal y es por tal motivo que se da la creación de la más importante reforma al estatuto de contratación pública la ley 1150 de 2007.

Luego de más de cinco proyectos de ley, fue aprobada la Ley 1150 de 2007 a través de la cual se hacen algunas reformas al Estatuto de Contratación, haciendo de éste un mecanismo coherente que permita a la administración gestionar de manera óptima, eficiente y transparente los recursos públicos objeto de contratación. Durante todo el proceso de aprobación de la Ley 1150 en el Congreso de la República, quedó claro que la iniciativa sólo pretendía modificar temas específicos e incluir algunas nuevas disposiciones a la Ley 80, más no sustituirla o derogarla por completo.

Las modificaciones más importantes de la Ley 80 son la ampliación de las modalidades de selección, la creación de un acuerdo marco de precios para los bienes y servicios de características uniformes que se obtienen a través de selección abreviada, la sistematización de la información de los proponentes a partir del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), así como la creación del Registro Único de Proponentes (RUP) en el que se publicará la clasificación y calificación de los proponentes que permitirá a las entidades estatales conocer la capacidad máxima de contratación de cada uno a partir de sus condiciones técnicas y económicas, entre otros.

También se hicieron algunas modificaciones en lo relacionado con las concesiones, donde el principal cambio fue la eliminación de las prórrogas automáticas.

En concordancia con la preocupación del Gobierno Nacional por promover el desarrollo y el bienestar económico, se incluyeron en la reforma mecanismos que permitieran a las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) participar en procesos de licitación a través de convocatorias limitadas.

En razón de lo anterior se puede apreciar de manera somera algunos de las mas importantes modificaciones que el estatuto general de contratación ha sufrido, todo en relación de querer en primer medida cumplir los fines del Estado y a su vez cerrar las puertas que inocentemente la normatividad ha dejado, en los próximos temas se podrán apreciar de manera mas profunda los cambios más trascendentes que a la contratación publica merece con el fin de dar completa primacía al enunciado de nuestra carta política, ser un Estado Social Democrático Constitucional y de Derecho.

4.2. MOTIVACION

Al desarrollar este enunciado debe tomarse como base fundamental el punto anterior de los antecedentes, entendiéndose que uno es el complemento del otro puesto que los mismos antecedente que conllevaron a la modificación del estatuto general de contratación servirán como refuerzo para este punto, si bien no debe entenderse como una mera repetición de unos hechos en dos puntos sino como el completo desarrollo de esos hechos de manera más profunda como lo obedece en este punto, puesto que es necesario profundizar y desarrollar los hechos y a su vez enmarcando los resultados que se obtuvieron de los muchos análisis que se le hicieron a la contratación

estatal, análisis que se desarrollará más en el punto de la utilidad de la reforma, sumando que es desde aquí donde se puede observar de manera clara no solo la motivación sino deber de modificar el estatuto en razón del cumplimiento de los fines de nuestro Estado Social democrático y constitucional de Derecho, haciendo énfasis en los principios complementarios a los de la carta magna y a su vez propios de la contratación estatal entendiéndose que estos no fueron modificados al estatuto sino reforzados en razón de su vital funcionalidad y su vital complemento constitucional.

En razón de esto el 20 de octubre de 2003 se adoptó el CONPES 3249 denominado “Política de Contratación Para un Estado gerencial”, cuya función era dentro del marco de los objetivos del Estado Comunitario fijar los lineamientos para la eficiencia y la transparencia de la administración pública, para lo cual se contó con el apoyo del Banco Mundial y se Articulo un trabajo con funcionarios públicos y contratistas del Estado, para hacer un análisis teórico y práctico sobre la regulación en materia de contratación con el fin de dar respuesta a los fenómenos de la corrupción y probidad en la contratación pública; de tal trabajo se desprendió un estudio denominado “Informe de Evaluación de Adquisiciones del País”.

Este se identifica como principales fallas a la contratación pública las siguientes: i) Dispersión normativa que convirtió la aplicación de la Ley 80 en una cosa casi excepcional; ii) Procesos de selección rígidos; iii) Inexistencia de armonización entre normas presupuestales y normas contractuales y iv) Existencia de vacíos normativos que facilitan la corrupción.

Según el CONPES 3249 para fijar unas políticas de una contratación con recursos públicos, es preciso generar a. Un nuevo marco normativo que

incluya: i) Principios comunes de aplicación para toda la contratación, ii) Mejorar la transparencia; iii) generar procedimientos contractuales eficaces iv) redefinir la selección abreviada y v) Herramientas para la gerencia pública y b. Un nuevo marco institucional para la contratación pública que incluya: i) Organización e incluye las reformas institucionales y ii) Desarrollo de un sistema electrónico de contratación pública que mejore la cultura de la gestión contractual y los negocios en línea, que permita una administración contra actual electrónica unificada.

Después de varios estudios sobre la manera que debería regir la contratación estatal en Colombia y pasando por las muchas modificaciones normativas al estatuto general de contratación se permitió dar origen a una de las reformas mas importantes y trascendentes de la contratación administrativa como es la Ley 1150 de 2007, pero es menester hablar del origen dicha modificación es por esto que debemos destacar el Proyecto de Contratación del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento o por sus siglas BIRF y el Departamento Nacional de Planeación donde se logró crear el Manual de buenas prácticas para le gestión contractual pública donde se logra efectuar un análisis de gran importancia, pues logro identificar 15 causales por las cuales el Estado colombiano es condenado con ocasión de la actividad contractual.

En éste marco se investigó el daño antijurídico contractual, en un universo de pronunciamientos generados entre el año de 1996 y el año 2002: 245 providencias del Consejo de Estado, 129 fallos condenatorios, 145 fallos absolutorios, 40 laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá de los cuales 27 son condenatorios y 13 absolutorios, 686 autos aprobatorios de conciliaciones prejudiciales de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El estudio jurisprudencial en cuestión, permitió sistematizar 15 causales de condena contra el Estado en materia de actividad contractual, para presentar en materia de planeación y de las etapas precontractual, contractual y de liquidación, las fuentes y la forma de prevenir la condena en contra del Estado, luego de 10 años de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993.

En razón de lo anterior se puede afirmar que la reforma tiene por objeto introducir algunas modificaciones a la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones relacionadas con la contratación con recursos públicos, de tal manera que la gestión contractual sea un procedimiento más transparente y eficiente.

4.3. UTILIDAD

Al entrar a puntualizar este tema cabe recalcar la importancia sobre la aprehensión y entendimiento de los temas anteriores, ya que estos son la base para el completo desarrollo de este punto, se afirmó lo anterior en razón de que dichas modificaciones se dan en un entorno de necesidad normativa donde el fenómeno de la corrupción carcome la estructura del Estado Social democrático y constitucional de Derecho, y cuyo fin de la norma es el de la completa preeminencia de la probidad en los contratos administrativos.

En razón de lo anterior se puede ver la utilidad de la norma en la conveniencia de su actuar, en su completa viabilidad, por tal motivo se puede observar a continuación algunos puntos de mayor trascendencia normativa en relación del fortalecimiento de las normas de contratación estatal donde se busca la completa preeminencia del fenómeno de la probidad en el actuar contractual de la administración.

La Ley 80 de 1993 fijó la licitación como el procedimiento general para toda contratación, pero en la práctica era una modalidad residual, en parte gracias a las numerosas excepciones consagradas por el estatuto contractual, y en parte gracias a su dispendioso procedimiento, el cual puede parecer complicado si los encargados de las compras gubernamentales no están capacitados en forma adecuada, o si no se acude a documentos estándar como lo han venido sugiriendo los informes CPAR del Banco Mundial.

Según el estudio “Construcción del universo de referencia de la contratación” solo una tercera parte de los recursos públicos se adjudican a través de licitaciones¹¹⁷. El considerable monto de recursos ejecutados por las administraciones públicas mediante la contratación directa ameritaba considerar la modificación de las cuantías que estaban establecidas por la ley 80 de 1993. El documento CONPES 3249 propuso una menor cuantía única para las entidades, de forma que la definición de acudir a un procedimiento de selección de contratistas mediante convocatoria pública o por contratación directa, no dependiera del tamaño de la apropiación presupuestal de la entidad. En todo caso, dada la importancia de los recursos aplicados a dicha forma de selección y como una forma de resolver la tensión entre la necesaria eficiencia de las adquisiciones y la transparencia de las mismas, se debería al menos hacer más visible la contratación directa imponiendo la publicación de los documentos precontractuales y pos contractuales a partir de un cierto y reducido monto.

La Ley 1150 avanza algo, al sujetar al procedimiento de selección abreviada, diversas contrataciones que actualmente siguen el procedimiento de la contratación directa, tales como la prestación de servicios de salud; la

¹¹⁷ Según las estadísticas del proyecto de contratación pública BIRF – DNP, las entidades públicas del orden nacional celebraron contratos por poco más de 15 billones de pesos durante 2004, de los cuales más de 10 billones corresponden a contratación directa.

contratación en caso de proceso declarado desierto; la enajenación de bienes del Estado; la adquisición de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional salvo aquellos definidos como estratégicos, etc. Sin embargo, dicha reforma no introdujo transformaciones de fondo en el tema. En esta medida, es de prever que la contratación directa seguirá siendo la vía preferida como procedimiento de contratación.

Uno de los reparos más frecuentes formulado a la Ley 80 de 1993 ha sido el gran número de excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley. Según datos del Estudio “Construcción del universo de referencia de la contratación”², el 17,3% de las entidades públicas (280) gozan de regímenes especiales de contratación. Si bien existen entidades que por su naturaleza y sus funciones o por las condiciones del entorno donde éstas deben cumplirse (mercados cambiantes, compras reservadas, etc.), deben estar excluidas del régimen general, esto no justifica tantas excepciones.

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 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.

La Ley 1150 de 2007 no resuelve esta importante dificultad. La nueva Norma somete al régimen ordinario de contratación, entidades y actividades antes

excluidas (como por ejemplo, el FONADE y las Corporaciones Autónomas Regionales), pero excluye otras que bien podrían acatarla (como la ESAP) o que estaban sometidas a regímenes mixtos.

El Estatuto debería haber acogido un principio básico donde toda entidad que maneje recursos públicos debería estar sujeta al régimen general de contratación, y en casos en los cuales debido a la naturaleza y funciones de la entidad, esto no sea posible, las adquisiciones de bienes y servicios, deberían observar como mínimo, principios de selección objetiva y de publicidad, y aplicar lo dispuesto por la Constitución Política en cuanto a los principios de la función administrativa.

Sin embargo, la problemática no se detiene en las entidades excluidas del campo de aplicación de la ley, pues aquellas que sí están sometidas, en ocasiones se han valido de las primeras para eludir su cumplimiento. Es decir, los regímenes de excepción pueden, en determinados casos, servir de puente para la subcontratación y la omisión de las reglas y principios del estatuto general por parte de las entidades que están obligadas a acatarlos.

En efecto, la Contraloría General de la República, en su informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, afirmaba que éstos “puede conducir a las entidades gubernamentales a evadir normas contractuales y a sustraerse a un control fiscal efectivo a la gestión de los recursos involucrados en los convenios.”

La eliminación de esta prerrogativa (en especial cuando se trate de convenios celebrados con recursos públicos) fue recomendada por el CONPES 3249, y por el Banco Mundial, que en el CPAR 20063 advirtió: “es evidente que el objeto de la contratación de entidades de cooperación no

puede ser el de poner al servicio de la agencia gubernamental su capacidad de poder contratar bajo normas diferentes a la Ley 80 de 1993, pues ello configura realmente una mera operación de intermediación.”

La Ley 1150 de 2007 corrige parcialmente este punto, al colocar restricciones a la contratación con organismos multilaterales de crédito y organismos extranjeros de cooperación o asistencia y someterlas a la ley de contratación, dependiendo del monto de los recursos aportados por aquellos.

Otra demanda al nuevo Estatuto de contratación, era ponerse al día con el uso de medios electrónicos para agilizar los procedimientos actuales, generar más transparencia y confianza en el proceso, y eventualmente permitir reducir los costos de transacción. Así como extender la obligatoriedad de publicación a todos los procesos de contratación que realiza cada entidad, incluyendo el texto completo de todos los documentos.

Diversos estudios destacan esfuerzos como el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, pero echan de menos su integración con el Portal único de contratación, y la divulgación del manejo de la herramienta entre los potenciales proveedores. En el monitoreo realizado por Transparencia por Colombia, se evidenciaron además fallas como la poca consistencia entre la información disponible en el SICE y la que proveen las entidades por otros medios, la falta de compromiso de las entidades obligadas a presentar información, y la dificultad para ejercer control ciudadano sobre la contratación ante las restricciones de acceso de la herramienta. Resulta levemente mejor calificado el Portal único de contratación, y habrá que evaluar los efectos del decreto 2434 de 2006, que estableció la obligación de todas las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de ingresar toda la información contractual al portal único.

La Ley 1150 de 2007 crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, que integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE. En armonía con la Ley 527 de 1999, permitirá la realización de la totalidad del proceso de contratación por medios electrónicos, lo cual contribuirá a fortalecer la transparencia, reducir los costos de la contratación y facilitar el control de los mismos. Será importante seguir el desarrollo de estas acciones a fin de garantizar que pasen del papel a la práctica y cumplan con su cometido. Otro aspecto importante a vigilar, será la implementación de sistema electrónico de compras señalado en el actual Plan de Desarrollo.

De concretarse estas iniciativas, Colombia podría dar pasos sustantivos en materia de eficiencia, eficacia y transparencia en la contratación.

4.4. TIPICIDAD DE LA REFORMA

En Colombia existen múltiples mecanismos de denuncia y Órganos facultados para investigar y sancionar irregularidades entorno a los temas de contratación pública, sin embargo la información existente sobre registro y trámite de denuncias en relación a los fallos no permite deducir la efectividad, oportunidad y/o productividad de estos mecanismos e instituciones para sancionar las prácticas corruptas.

Así mismo, es importante resaltar que existe entre el sector privado aprensión a denunciar hechos de corrupción, la cual está motivada,

principalmente, en el miedo a represalias y a una manifiesta desconfianza en las autoridades responsables de investigar las denuncias.

Frente al particular, se sugiere a los Órganos de Control crear canales especiales para la recepción de denuncias sobre corrupción en la contratación, así como implementar sistemas que permitan el seguimiento de una denuncia y/o un proceso desde que ingresa a indagación preliminar hasta que es fallada o archivada; estos últimos como mecanismos que contribuyan a generar confianza entre los denunciantes, quienes tienen Derecho a conocer el curso y los resultados de su denuncia.

Por tal motivo y en relación a lo anterior cabe precisar el concepto básico de tipicidad donde esta es definida como la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito, podemos decir que en este parte del trabajo vamos a tratar a la tipicidad añadiéndole el elemento de la contratación estatal donde se podrá apreciar de manera clara la reglamentación sancionatoria que trae consigo tanto el estatuto general de contratación como su última modificación que es la ley 1150 de 2007 donde trae consigo cambios sustanciales no solo de tipo procedimental sino de tipo sancionatorio en la contratación estatal.

En razón de lo anterior y siguiendo la línea trazada podemos encontrar un sustento jurisprudencial de la tipicidad plasmada en el principio de legalidad que se encuentra referido en la sentencia de la Corte Constitucional C- 099 de 2003 donde afirma:

“PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN PRINCIPIO DE LEGALIDAD”¹¹⁸-Alcance

El principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (*praeceptum legis*) y de la sanción (*sanctio legis*). “El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto”. Ha considerado esta Corporación que la tipicidad desarrolla el principio fundamental “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.”

Al hacer relación a la tipicidad y régimen de sanciones, de inhabilidades e incompatibilidades podemos observar como la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 recoge un articulado donde se observa que la tipicidad no se da manera superficial sino que imprime su poder vinculante con la actividad contractual con las actuaciones de las personas que desean contratar con el Estado, es por eso que podemos observar como normatividad reinante en esta materia:

LEY 80 DE 1993

ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines

¹¹⁸ Sentencia C – 099 de 2003 M.P Jaime Córdoba Triviño Referencia: expediente D-4196

estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los Derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

ARTICULO 4 DE LOS DEBERES Y DERECHOS DE LAS ENTIDADES ESTATALES

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

ARTICULO 5 DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los Derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

ARTICULO 8 INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de Derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

ARTICULO 18 DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

LEY 1150 DE 2007

Artículo 6 ley 1150 de 2007

De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales

ARTÍCULO 23 El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En razón de lo anterior se puede configurar una clara visión normativa en cuanto al régimen sancionatorio, de inhabilidades e incompatibilidades, que dan sustento a los principios orientadores de la contratación estatal respaldado en los principios constitucionales de nuestro ordenamiento colombiano.

5. ANALISIS LEY 1474 DE 2011 EN LA CONTRATACION PÚBLICA

Al ver la contratación pública como herramienta idónea para la consecución de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, podemos observar que con el correr de los tiempos ha sido muchas las creaciones normativas que han existido para combatir a tan feroz enemigo como es la corrupción en la contratación pública, no entraremos a discutir ni a profundizar a tan devastador enemigo, por el contrario nos dedicaremos a hacer referencia a las herramientas normativas existentes para combatir este mal tan grande que nos aqueja a todos.

Por tal motivo hacemos memoria las dos grandes herramientas cuyo fin ha sido de darle más dientes a la contratación pública para que esta no sea un títere de la corrupción sino se sea autónoma e independiente de cualquier artimaña que se le presente, es por esto que cabe mencionar como gran herramienta a la ley 1150 de 2007, la cual ha buscado una mayor transparencia en los procesos de contratación, donde se cerrarán las puertas que inocentemente, por así decirlo, ha dejado aquella normatividad de tiempos atrás, y a su vez cabe mencionar como segunda herramienta vital para la contratación a la ley 1474 de 2011, o estatuto anticorrupción, el cual debe ser observado como el mayor y mejor cambio normativo que se ha dado en los últimos tiempos, ya que ha reinventado la idea de contratación bajo unos parámetros totalmente estrictos con un régimen de inhabilidades bastante completo donde aquellas herramientas buscan debilitar el amiguismo y compadrazgo que ha existido y es el que ha dado más paso a la corrupción, así como también la creación de nuevos tipos penales los cuales dan más espacio de cobertura sobre el accionar de aquellos funcionarios mal intencionados que buscan encontrar puertas de la contratación para introducir los rasgos de la corrupción, así como también la

creación de la comisión de moralización y la comisión ciudadana anticorrupción, entre otras.

Hay que recordar que este estatuto anticorrupción debe ser visto como una herramienta de carácter general y no cien por ciento de contratación pública, ya que esta prevé los grandes brotes de corrupción y hace énfasis en cada una de las actividades públicas con el fin de destruir cualquier rasgo de corrupción, como se ve reflejado en la normatividad relacionada con el lobby o cabildeo frente al ejecutivo y legislativo para darle mayor transparencia a sus decisiones, así como también la pérdida de beneficios por conductas penales como es la casa por cárcel o la libertad condicional entre otros, como también lo relacionado con revisores fiscales, así como el control y vigilancia en el sector de la seguridad Social en salud entre otro.

Si bien es cierto que dicho estatuto es vital en el desarrollo de las actividades del Estado al establecer límites de comportamiento frente a los funcionarios y particulares que realicen actividades pública, es bien recordar que dicho estatuto no debe ser considerado como aquella norma que pretende acabar de manera definitiva con tan molesto fenómeno como es la corrupción, sino por el contrario debe ser entendido como una de las mejores herramientas normativas existentes que se ha atrevido a rechazar de plano la corrupción y frenando sin contemplación alguna las actividades de funcionarios públicos que en razón de su jerarquía o funciones pretenden manejar a su arbitrio sus interés sin importar el sentido Social y general que está plasmado en nuestra Constitución, como se puede ver reflejado en sus primeros artículos donde comienza de manera fuerte y tajante a enmarcar y a inhabilitar aquellas personas que pretenda en razón de su financiamiento en campañas políticas tener mayor influencia en la contratación pública, así como también las medidas penales adoptadas en contra la corrupción pública y privada, entre otros

En razón de lo anterior es menester realizar una breve comparación a manera de antecedentes acerca del anterior estatuto anticorrupción en materia de contratación pública, a su vez se describe la mayor incidencia del nuevo estatuto sobre la contratación pública, así como también el completo régimen de inhabilidades y así como también los aportes que esta ley trae para combatir la corrupción a nivel general, sin olvidar la creación de una nueva modalidad de contratación “la de mínima cuantía”

Al entrar a hablar de la contratación pública después de haber visto la anterior reseña acerca de la más importante modificación que ha sufrido la contratación pública, es menester entender en primer término que esta modificación es un complemento a la ley 1150 de 2007 donde esta última centra todos sus esfuerzos en contrarrestar la contratación desde un punto de vista más procedimental y de requisitos, donde es esta, ley 1150 de 2007 la que demarca los tipos de contratación los requisitos entre otros elementos propios de la contratación, en cambio el nuevo estatuto anticorrupción, ley 1474 de 2011, debe ser visto como aquella herramienta que aplica métodos más profundos no para la contratación como actividad propiamente dicha, ya que de ser así no sería estatuto anticorrupción sino más bien sería estatuto anticorrupción sobre de contratación pública, circunstancia que no es la correcta, ya que este nuevo estatuto no centra sus miradas sobre la contratación sino que despliega su rango de mirada a varias actividades, en razón de esto entro a analizar dicho estatuto bajo la óptica de la contratación pública.

La contratación pública como herramienta vital para cumplir los esenciales del nuestro Estado Social de Derecho se alimenta de una normatividad de diversa índole para así cubrir la mayor cantidad de necesidades posibles, en razón de esto en su momento se dio la creación del ley 80 de 1993 o estatuto de contratación pública, conocido como uno de los avances que mas influyó

en la contratación, donde trajo herramientas para combatir la corrupción administrativa, pese a los grandes avances que esta pretendió se dio a conocer otra herramienta que hasta el momento ha tenido buenos resultados para destruir a tan feroz enemigo, aunque esta última norma se desarrolla en la actividad netamente contractual desarrollando y ampliando su rango de acción no fue suficiente, quedando algunos vacíos normativos, por lo que se constituyó una nueva herramienta que su objetivo principal no es fijarse en la contratación pública sino de darle más dientes y cubriendo aquellos vacíos que esta actividad necesita, este nuevo estatuto anticorrupción enmarca de manera más clara los límites que debe tener dicho fenómeno.

Como primer hecho notorio sobre este nuevo estatuto cabe mencionar sus primeros artículos, que es aquí donde se comienza a establecer más garantías para la contratación, al revisarlos podemos apreciar de se fortalece el régimen de inhabilidades al complementar las ya establecidas en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, se puede observar en el artículo primero de dicho estatuto la existencia del concepto de la inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, hay que anotar que este tipo de inhabilidad es muy claro ya que trae taxativamente las causales de inhabilidad por dicha actividad corrupta, cuando se haya cometido delito contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad, quienes hayan afectado el patrimonio del Estado, quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, quienes hayan sido condenados por delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior y por soborno trasnacional, con excepción de delitos culposos, por tal motivo se puede analizar que la persona que desee contratar con el Estado debe ser una persona transparente e intachable que no se pueda poner entredicho su actuar.

A su vez hace referencia a su artículo segundo donde se hace énfasis en que darán inhabilitados para contratar con el Estado quienes financien campañas políticas, debe entenderse que este artículo de manera clara cierra las puertas al tráfico de influencias y aquellos favores políticos ya que establece como inhabilidad no solo el no poder contratar sino que será inhabilitado por el mismo tiempos por el cual el candidato fue elegido, tomando como referencia que los aportes económicos sobre estas campañas políticas tienen como un mínimo un dos punto cinco por ciento de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, cerrando toda posibilidad de la introducción de la corrupción e las esferas políticas.

También cabe resaltar el artículo cuarto de dicho estatuto que ha sido adicionado al numeral 2 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 , al establecer como inhabilidad aquellos ex funcionarios públicos para que contraten con el Estado, obsérvese que aquí la ley es clara al conceptualizar esta inhabilidad cuando afirma que Directa o Indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos haga parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Extendiendo dicha inhabilidad para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público

Al seguir analizando el conjunto de inhabilidades que este estatuto ofrece encontramos unos artículos que son de vital observancia en relación a la contratación pública, como es el artículo 90 de este estatuto, que establece unas inhabilidades por incumplimiento reiterado, en el se pueden ver tres

causales de inhabilidad en relación de esta conducta, cabe describirlas debido a su importancia en nuestra actividad como es la contratación pública, la primera enuncia la inhabilidad por haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales, como segunda causal se encuentra haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales y como tercer causal se menciona el haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales, teniendo en cuenta que estas inhabilidades se extenderán por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el registro único de proponentes, de acuerdo con la información remitida por las autoridades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado. En relación a lo anterior hay que mencionar que este es un avance normativo en relación al anterior estatuto que no lo traía.

Siguiendo con el análisis de esta norma, una serie de artículos los cuales limitan el actuar en razón que es aquí donde se empieza a tipificar las conductas en razón de la lucha contra la corrupción, y es así como en el capítulo segundo aparece este ramillete normativo orientado a dar nombre a las diversas actuaciones contrarias a la probidad administrativa, y son las llamadas medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada, donde a partir del artículo 13 donde se puede ver que este estatuto cierra las puertas a la corrupción, donde se observa como primer elemento la incorporación a este estatuto la exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública relacionados con la corrupción, observando así que no permitirá beneficios contra aquellos **que detentan** el patrimonio público, también se puede observar dentro de este amplio ramillete normativo como

es la estafa sobre recursos públicos y sobre el sistema de seguridad Social integral, donde este modifica el artículo 247 del código penal, a su vez encontramos lineamientos tan claros y precisos no solo para la actividad contractual como única actividad donde se manejen recursos sino elementos vitales para cualquier actividad, dentro de los cuales encontramos la administración desleal, la utilización indebida de información privilegiada, evasión fiscal, peculado por aplicación por aplicación diferente frente a recursos de la seguridad Social, como también el peculado culposo frente a recursos de la seguridad Social integral, estableciendo las circunstancias de atenuación punitivas descritas en el artículo 25 de este mismo estatuto, a su vez también enmarca y define de manera clara el enriquecimiento ilícito, el soborno trasnacional, entre otras, por tal motivo se puede establecer un fortalecimiento de las medidas de lucha contra la corrupción, no dejando ni cabo suelto para evitar que la corrupción interfiera en el actuar normal de la administración.

A su vez puede encontrar que el rango de acción y sanción de este estatuto cobija no solo a funcionarios públicos sino también aquellos particulares que cumplen labores relacionadas con el Estado, así como se puede ver reflejado en su artículo 44 donde establece cuales son los sujetos disciplinables dentro de los cuales encontramos a aquellos particulares que realicen labores de interventoría, o de supervisión en los contratos estatales, también a quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tiene que ver con estas y a quienes administren recursos públicos oficiales, por tal motivo se puede observar que cada vez se amplía más la cobertura para así fortalecer la administración pública y que esta pueda cumplir los fines esenciales del Derecho.

Dentro de los grandes avances que este estatuto nos ofrece en razón a la contratación pública podemos observar una modificación a la selección

objetiva contemplada en el artículo 5 de la ley 1150, dicha modificación se centra es en el numeral 2 de dicho artículo, esta modificación adiciona unos factores más claros y objetivos de selección, donde dicha modificación la podemos ver reflejada de la siguiente manera:

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

Parágrafo. Adiciónese un parágrafo 6º en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

“El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.

Es aquí donde se puede observar mayor transparencia a la hora de realizar la selección del contratista, ya que dicho estatuto trae consigo un refuerzo normativo al dar como herramienta de decisión dos alternativas de escogencia como es la ponderación de los elementos de calidad y precios representados uno en puntajes o formulas señaladas en el pliego de condiciones y el otro representado en la mejor relación de costo-beneficio para la entidad

Otro elemento que no se encontraba en el anterior estatuto y sirve de guía para las contrataciones que realice el Estado se encuentra en el artículo 91 del nuevo estatuto como es el de los anticipos, que si bien es cierto que se encuentra enunciado en el artículo 40 párrafo único donde solo es referenciado como parte que debe ser plasmada en el contrato y que no podrá ser superior al cincuenta por ciento del contrato, el artículo 91 de este nuevo estatuto enuncia que en casos de existir dentro del contrato este elemento el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, aquí se puede observar que esta ley da más herramientas para que el control de los dineros públicos frente a la corrupción no se convierta en una actividad corrupta sino que dicho control sea más real y completo a la hora de llevar un seguimiento a los dineros públicos.

En los contratos interadministrativos también encuentra una gran modificación como se ve reflejada en el artículo 92 de este nuevo estatuto que modifica el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, **prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos**, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas **o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales** sean las ejecutoras. Estos

contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículos.

Donde se puede apreciar el cambio sustancial de la norma, en el subrayado, al ampliar más el rango de excepción sobre los contratos interadministrativos y a su vez se puede ver que este estatuto modifico también el inciso 2° del literal c) de este mismo artículo al establece que en aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos **estará en todo caso sometida a esta ley**, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, cambiando así el enunciado del artículo 209 de la constitución, todo esto con el fin de lograr un mejor control en la contratación pública.

Y por último se puede observar un cambio trascendental en las modalidades de selección establecidas en el artículo 2 de la ley 1150 de 2007 al adicionar como elemento eficaz el artículo 94. Transparencia en contratación de mínima cuantía, el cual adiciona el siguiente texto

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:

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.

En razón de lo anterior concluyo afirmando que la existencia de este estatuto abre paso a la preeminencia de la probidad en la contratación pública, no solo por que lleve de manera intrínseca la lucha contra la corrupción, sino por la manera tan minuciosa que maneja el concepto de corrupción para así darle un límite a su existencia, cerrando puertas que tan devastador fenómeno había encontrado en la contratación pública, por eso se pudo observar un mayor campo tanto en las inhabilidades como en las medidas penales en la lucha contra la corrupción, sin embargo no se puede afirmar que la existencia de esta ley acabe de manera definitiva con tan devastador

fenómeno como es la corrupción estatal, pero es menester recordar que lo que se puede afirmar que la existencia de dicho estatuto continuará atacando y destruyendo este fenómeno que tanto mal ha traído, como se puede ver en las muchas obras inconclusas a razón de la falta de control por parte de las entidades fiscalizadoras y de control, sin embargo puede asegurar que será un gran camino el que tendrá este estatuto a pesar de los muchos inconvenientes que se presenten a lo largo de la historia.

6. CONCLUSION

Al concluir este trabajo cabe recordar la importancia que conlleva el estudio de la corrupción en la contratación estatal no como aquel fenómeno que deteriora las estructuras de un Estado, sino como un estudio que debe hacerse desde el punto de vista de la ética y moral ya que estas herramientas son las que se deben impregnar en las actividades del Estado, puesto que al recordar que la contratación estatal es la herramienta más importante que tiene un Estado para satisfacer las necesidades que tienen los ciudadanos y la cual es la herramienta que exige la mayor transparencia posible, es por esto que la aplicación de normas tan importantes como lo es el estatuto general de contratación (ley 80 de 1993) y su reforma normativa que ha dado un sobre giro a la contratación estatal (ley 1150 de 200), obviamente cabe recordar al estatuto anticorrupción como herramienta guía la cual es vital para perfeccionamiento de aquellos valores que deben reinar tanto la contratación como la vida de los ciudadanos, estas no deben verse como una simple codificación normativa de procedimientos sino aquel conjunto de principios orientadores para la preeminencia de la probidad la cual son sustentados en nuestra carta magna ya que es a partir de este punto que deben realizarse todas las actividades tanto contractuales como no contractuales.

La existencia de la ley 80 de 1993 o estatuto general de contratación siempre ha querido cerrar las puertas que inocentemente ha dejado la normatividad contractual, sin embargo no se puede afirmar que la existencia de dicho estatuto de contratación sea también un estatuto anticorrupción, como lo quieren hacer ver algunos, en razón de que esta herramienta jurídica ha permeado los intentos de querer reinar la corrupción al cerrar las brechas jurídicas imponiendo así más severidad a la hora de contratar, esto no debe

entenderse como una herramienta compleja para contratar o una herramienta exigente donde se imposibilite la entrada de cualquier persona que desee contratar con el Estado, todo lo contrario solo se busca la prevalencia de la transparencia y probidad en el actuar contractual del Estado, por tal motivo la contratación pública está compuesta de principios orientadores que van de la mano con nuestra carta magna, la cual determina que la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,¹¹⁹ creando así un escudo anticorrupción en materia contractual, pues estos señalan requisitos orientadores necesarios para la existencia de transparencia y probidad en la contratación pública.

Como quiera que la contratación administrativa entraña siempre, así sea en forma indirecta, intereses de la colectividad, se hace necesaria la observancia de los principios, requisitos y condiciones que el legislador ha establecido para preservar el patrimonio público y el cumplimiento de los fines del Estado, recordando que la corrupción genera una inestabilidad y un desequilibrio de la formula Estado Social y Democrático de Derecho en la medida en que no permite que el Estado cumpla de manera debida los fines que constitucionalmente le están encomendados, impidiendo así materializar los principios de igualdad, libertad y dignidad en los que se asienta este modelo de Estado, perturbando también el aspecto democrático que le es propio a este modelo, en tanto impide la libertad de elección y obstaculiza la adopción libre de decisiones del pueblo, en la toma de las determinaciones que lo afectan.

¹¹⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 209, 1991.

Cabe también mencionar que si bien es cierto que la contratación busca el interés general es tan bien menester recordar que la normatividad que ha existido en cuanto a contratación pública siempre ha buscado cerrar aquellas puertas propicias a la corrupción, ya que desde que en Colombia se ha venido hablando de contratación siempre se ha querido dar la mayor seriedad y cumplimiento al interés general que al particular, impartiendo así cada día nuevas directrices y el acompañamiento de aquellas instituciones como la contraloría y procuraduría entre otras, que buscan consolidar los engranajes de la contratación pública, partiendo desde el momento en que el Estado tenga una necesidad y decida, hasta la culminación de dicha contratación y la ejecución de dicho contrato, pasando cada etapa contractual con detenimiento analítico, crítico y detallado en busca de una total transparencia y probidad administrativa.

Sin embargo como se pudo observar sobre aquellos avances jurídicos han traído grandes soluciones en contra de la corrupción en la contratación pública pero hay que recordar que la solución al flagelo no es inmediata. Esto es, que cualquier solución realista tratará de disminuir los niveles y no de eliminar el fenómeno y, además, que es un proceso gradual y no un acto ni unilateral ni fulminante.

7. BIBLIOGRAFIA

Aristóteles, La Política, Libro III, Trad, de Manuela García Valdés Gredos Madrid 1988.

Aucoc, L Conferences Sur L'administration et le droit administratif T.I Dunod. Paris 1879.

Cicerón M,T, Las Leyes, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1953

Contraloría General de la República. Control ciudadano a la contratación estatal. Segunda edición. Bogotá: Contraloría General de la República, 2002.

DAVILA, Luis Guillermo (2001), "Régimen Jurídico de la contratación estatal – una aproximación crítica a la ley 80 de 1993

Duez, P Debeyre G, Triate de droit administratif Dalloz,

Fernández Astudillo, J.M.: Contratación administrativa. Bosch, Barcelona, 2000.

Flórez Carlos Eduardo, "Repaso histórico - analítico de la contratación estatal en Colombia" en: Estatuto general de la contratación de la administración pública Legis Bogotá 2007

García Nieto Alejandro. Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Publica, Madrid, 1986

Hauriou, M., Précis de droit Administratif, Sireyl. Paris 1907

Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 12 Obra Colectiva Salcedo Forero, José Rory. Ed. Procuraduría General de la Nación 2009

Lliset Borrell, F.; Lliset Canelles, A.: Manual de los contratos públicos. Bayer Hnos., Barcelona, 1996.

Locke J, Ensayo Sobre el Gobierno Civil, Trad de Armando Lázaro Ros Aguilar, Madrid 1983.

Merkl, Adolfo Teoría general del Derecho administrativo, Editorial

comares. 2004

Misas Gabriel, y otros "la lucha anticorrupción en Colombia: Teorías, prácticas y estrategias" primera edición, contraloría General de la república, Bogotá DC. Colombia, 2005

Moro Tomas, Utopía, Orbis, Barcelona 1984.

Orellana Vargas, Patricio. Corrupción y probidad. Argentina: El Cid Editor, 2003

Platón, Diálogos T.IV, La Republica, Trad Conrado Eggers Lan, Gredos, Madrid, 1986.

Revista de la escuela superior de administración pública ESAP administración y desarrollo 1964

Rodrigo Escobar, Gil Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis.

Rousseau J.J El Contrato Social Trad. Fernando de los Ríos, Espasa Calpe Madrid 1990.

Truchet, D., Les fontions de la notion d'interet General dans la jurisprudence du conseil d'etat, Libraire generale de dtoit et de jurisprudence, París 1977

Velázquez Curbelo, F.: Manual práctico de contratación administrativa. Marcial Pons, Madrid, 1997.

Vicente López, C.: La contratación administrativa: condiciones generales y eficacia. Comares, Granada, 1996.

Vidal Perdomo J, Derecho Administrativo y García Gonzales J Nuevo Régimen de contratación administrativa, Dike, medellin 1994

Villar Palasí, J.L.: Lecciones sobre contratación administrativa. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969.