

IRREGULARIDADES DISCIPLINARIAS FRECUENTES
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

EDIER LEANDRO GALLEGO ORREGO.

ASESOR

GABRIEL JAIME MARTÍNEZ CÁRDENAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2013

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
Partes en el contrato estatal.	7
Irregularidades frecuentes en el proceso de formación del contrato estatal.	9
Planeación Contractual.....	14
Régimen de Responsabilidad.....	26
CONCLUSIONES	28
BIBLIOGRAFÍA	30

RESUMEN

El propósito del presente artículo se centra en analizar casos concretos en los que se presentan ciertas irregularidades en la formación del contrato estatal y su posible ánimo de corrupción, esto mediante un estudio bibliográfico y documental, en el cual se toman como fundamento algunas sentencias del Consejo de Estado, así como investigaciones llevadas a cabo por la Procuraduría General de la Nación, y en la doctrina de autores como: Juan Ángel Palacio Hincapié, Luis Alonso Rico Puerta, Ernesto Mantallana, entre otros. De este estudio puede concluirse de los casos particulares que, en estos procesos contractuales específicos, se presentan varias irregularidades del funcionario público encargado de la contratación, ya sea por acción o por omisión, y de que la corrupción parece ser la explicación que se hace más evidente para que se presenten este tipo de situaciones en el contrato estatal.

Palabras clave: Corrupción, Contrato estatal, Irregularidades, Administración

Abstract

The purpose of this article focuses on analyzing concrete irregularities in the state's contract formation and its possible corruption intent through a bibliographic and documented study in which some things are taken into consideration, such as: the sentences from the state's council, the investigations carried out by the general attorney's office of the nation and some authors' doctrines such as: Juan Ángel Palacio Hincapié, Luis Alonso Rico Puerta, Ernesto Mantallana, among others. From this study it can be concluded in the peculiar

cases, that when it comes to the hiring/contracting process, some irregularities can often be found coming from the civil employee in charge of the hiring or contracting, due to action or omission. Finally, corruption seems to be the most logical explanation to these type of situations that are involved in the state's contract.

Keywords: Corruption, State's contract, Irregularities, Administration.

INTRODUCCIÓN

De conformidad con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal, en sentido amplio, es todo acto jurídico, previsto en el derecho privado, en disposiciones especiales o, simplemente, derivado de la autonomía de la voluntad, generador de obligaciones, celebrado entre una entidad estatal -Artículo 2º ibídem- y una persona natural o jurídica. Es de conocimiento general que la contratación estatal es la herramienta más idónea para lograr el desarrollo de un país y, en especial, como el nuestro, así lo indica la Constitución Política en su artículo 366: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

Este acuerdo, debe ser el resultado de un correcto desarrollo de las normas que lo regulan desde mucho antes de su formación, en procura de cumplir con los fines del Estado previstos en el artículo 2º de la Constitución Política, entre los que se destacan la prosperidad general y la participación de todos en el progreso del país; unido esto con el contenido del artículo 209 ídem, que consagra los principios orientadores de la función administrativa, que, por su puesto, permean los procesos de contratación realizados por el Estado con los particulares o, entre sí, por los diferentes entes estatales.

Cuando el servidor público en el cumplimiento de sus funciones olvida estos mandamientos constitucionales, reglamentados a través de las diferentes leyes y decretos, como lo son, el Estatuto General de Contratación y Código Disciplinario Único, muy

posiblemente esta incurriendo en infracciones administrativas, disciplinarias e incluso penales. Por esta razón, es importante recordar algunos de los principios y requisitos previstos para el correcto desarrollo de la etapa previa, tales como los principios de igualdad, publicidad, transparencia.

La primacía de los fines de la administración caracteriza esta relación bilateral, pues la autonomía de la voluntad en la contratación estatal es reglada, prevalece el cumplimiento del interés general, como lo manifiesta el doctor Rico Puerta.

La autonomía de la voluntad en las relaciones negócias estatales, está incidida por reglas de supra ordenación, por potestades excepcionales, por el interés general y por el principio de la administración reglada, que demandan un marco regulatorio más imperativo, en perjuicio del poder de autodeterminación de los sujetos intervinientes. (Rico Puerta, 2007, pp. 34-35).

Este punto se puede destacar observando como el pliego de condiciones se manifiesta como ley para las partes, por tanto, la entidad estatal, en cabeza del servidor público con facultades para contratar, por mandato legal debe convocar y celebrar una audiencia con los posibles oferentes a fin de aclarar las dudas que del contenido de aquel se generan para los interesados, de recibir de estos las sugerencias y observaciones que puedan llevar a modificar el pliego de condiciones, adoptarlas si son convenientes con anterioridad a la entrega de las propuestas. Además, el pliego de condiciones propuesto en forma inicial por la entidad pública, estará sometido a vigilancia por parte de las veedurías, ministerios, entes reguladores territoriales y otras entidades que puedan hacer parte activa en la

audiencia de aclaración de pliegos, con el propósito de cumplir a cabalidad los requisitos legales previstos para el adelantamiento del proceso contractual.

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido en varias ocasiones a este tema dejando claro que:

El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato.

(Consejo de Estado; 19 de julio (2001); Radicado: (12037); C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Se hace evidente desde la caracterización del pliego de condiciones la relevancia que tiene en la actividad contractual, específicamente su etapa precontractual, pues es susceptible de presentar irregularidades que, como se verá más adelante, en muchas ocasiones tienen un ánimo de corruptela. La etapa precontractual será crucial para la presente indagación, esto porque de ella depende el debido cumplimiento del contrato, entendido como ya se ha mencionado, como actividad que favorece al Estado y sus fines en pro del bien público.

En este contexto, en el presente escrito se analizarán las irregularidades más comunes en la etapa previa a la suscripción del contrato estatal, con fundamento en sentencias del Consejo de Estado y en las investigaciones que, como órgano de control

disciplinario, ha llevado a cabo la Procuraduría General de la Nación, a través de sus procuradores delegados para la contratación estatal, tratando de responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles son la irregularidades más frecuente en la formación del contrato estatal y cómo y cuándo se erigen en conductas corruptas?

Partes en el contrato estatal.

Ya se dijo que la celebración del contrato estatal se efectúa partiendo de un requerimiento básico a quienes participan del acuerdo, a saber: entidades estatales y personas naturales o personas jurídicas; se hace necesario caracterizar cada una de estas partes a fin de clarificar su incidencia en la actividad contractual.

Atendiendo a los postulados constitucionales señalados en su artículo 2º, la Ley 80 de 1993, en su Artículo 11, por parte del Estado:

Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

Por otro lado, la persona jurídica, aparece para efectos de la actividad contractual, caracterizada como una persona ficticia, se la denomina artificialmente persona con el fin de otorgarle capacidad para el ejercicio de los derechos y también para que pueda contraer obligaciones, es decir, deberes civiles, tal como los atribuidos a las personas naturales. Las personas jurídicas responden a dos formas, las que obedecen al derecho privado y las que se rigen del derecho público. Podrán ser, pues, cualquiera de las personas mencionadas (natural o jurídica) parte en el contrato estatal, sus responsabilidades contractuales están en orden a la correspondencia que tenga su actividad gestora con la consecución del ya mencionado bienestar social, el bien público o, si se quiere, los fines de la Administración; su labor en ese sentido es social y de contribución al buen manejo de los recursos del Estado, así como la preeminencia de los fines estatales sobre los intereses privados.

Durante todo el ensayo se tendrá como núcleo central el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011, Decreto reglamentario 1510 de 2013,

y las demás leyes y decretos que la modifican y adicionan, de manera que se pueda tener una visión global de los elementos normativos que deben tenerse en cuenta cuando se están ejecutando recursos públicos, respetando en todo momento los principios consagrados en la Constitución Política de 1991.

Irregularidades frecuentes en el proceso de formación del contrato estatal.

Al hacer el examen de las providencias sancionatorias disciplinarias proferidas en segunda instancia por la Procuraduría General de la Nación, contra servidores públicos, facultados para contratar a nombre de las entidades públicas, se evidencia que las irregularidades investigadas, en su mayoría, se presentan en la fase previa.

En las diferentes etapas del proceso de formación del contrato estatal y, sobre todo, en la previa, deben los servidores públicos que tengan la competencia para esta, observar con mucha rigurosidad la normatividad aplicable, a fin de hacerlo transparente. Por tanto, habrán de examinar asuntos como la necesidad que se planea satisfacer con el objeto contractual, la modalidad contractual que se pretende utilizar para convenir ese objeto, el presupuesto disponible para su ejecución, las calidades, cantidades y especificaciones que se requieren de los bienes a contratar, obras y servicios, etc.

Con el fin de ilustrar las formas de violación del Principio de Planeación en la contratación por parte de entidades públicas, de las muchas providencias de segunda instancia -Artículo 171 de la Ley 734 del 2002-, proferidas, entre los años 2011 y 2013, por la Procuraduría General de la Nación, en el nivel central, dentro de los procesos

adelantados contra servidores públicos de distintas entidades estatales que desconocieron las preceptivas normativas que regulan la fase previa o de planeación, se seleccionaron tres (3) que resultan paradigmáticas. La primera, emitida por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, la segunda, por el Despacho del señor Procurador General de la Nación, y la tercera, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

El estudio realizado permitió establecer cuáles son las disposiciones normativas que dan cuenta del deber que tienen los servidores públicos con facultades para contratar de observar el Principio de Planeación: Tales son:

Artículos 24, numerales 8 y 12; 25, numerales 6 a 8 y 11 a 14; 26, numerales 3 y 5; 30, numerales 1 y 2, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

A continuación se pasa a transcribir las imputaciones fácticas o cargos que fueron formularon a los disciplinados, por las que, finalmente, fueron sancionados en primera y en segunda instancia.

Caso 1.

Conforme a las pruebas legalmente recaudadas en el proceso, es probable, hasta el momento, que el doctor, OSKAR AUGUST SCHROEDER MULLER (...) haya incurrido en infracción de deberes legales, (...) **debido a que** no asesoró, verificó, informó, ni revisó de la manera como correspondía legalmente, por el contrario, **permitió** que el Ministro del ramo suscribiera el Convenio 055 de 2008 **sin que se hubieran realizado y adelantado los correspondientes estudios previos;** igual la

celebración de los Convenios 037 y 052 de 2009, **sin que los referidos estudios previos contaran con toda la información requerida**, esto es, **el análisis de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos que debían adelantarse antes de la suscripción de los mencionados convenios**. (...) La normatividad que el doctor SCHROEDER MULLER vulneró directa e indirectamente, respecto del Convenio No. 055 de 2008, fue el artículo 6; el inciso segundo del artículo 123 y el 209 de la Constitución Política; el inciso primero del artículo 3, numerales 7 y 12 del artículo 25 y el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de la Contratación Estatal). (Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal, Rad: IUC-D-2011-120-333693 (IUS-2009-301549) Tomado de: <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/1ContratacionEstatal/2012/301549.doc>).

Caso 2.

Análisis de conveniencia y oportunidad se realizan antes de la escogencia del contratista. Por su parte el análisis de conveniencia y oportunidad lo constituye aquella serie de estudios que se realizan antes de proceder a la escogencia del contratista, que factibilizan la oportunidad, conveniencia y legalidad de la contratación. En este orden devienen los estudios de naturaleza técnica, financiera ambiental, presupuestal y jurídica relacionados con el objeto por contratar. (...) **Los estudios de conveniencia y oportunidad de los contratos no contenían el requisito exigido por el numeral 2 del artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, de la definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros, puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.**

(Despacho Procurador General De La Nación Rad: 154-165245-2007, Tomado de: http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/despacho_procurador/2011/154-165245-2007.doc).

Caso 3.

(...) **sin haber efectuado con antelación a la firma del contrato de obra una adecuada planeación de los estudios de preinversión**, lo cual se hacía necesario para conocer el costo estimado de las obras. (...) Con tal comportamiento no cabe duda que se desconoció lo dispuesto en los numerales 8° y 12 de los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, respectivamente, **los cuales obligan a los servidores públicos encargados de la actividad contractual a contar con todos los planos, diseños y autorizaciones necesarios para la ejecución del contrato**. (Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Rad: 078-5896-2008, Tomado de: <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/2ContratacionEstatal/2012/5896.docx>).

En los casos referidos, los servidores públicos encargados de la contratación en las entidades estatales y que fueron sancionados, desconocieron las normas que regulan la etapa previa a la formación del contrato; quedando así evidenciado que contrataron sin hacer uso de sus obligaciones civiles como contratantes y como agentes del Estado, es decir, que en el momento mismo de la planeación obviaron actividades claves, tales como: la elaboración del pliego de condiciones y su posterior sometimiento a las observaciones de los veedores que pudieran proporcionar fundamentos imprescindibles para su ajuste y correcta adaptación; los estudios previos de conveniencia y oportunidad que enmarcan todo

el análisis previo de la necesidad del objeto a contratar, su viabilidad económica o en su defecto sus posibilidades financieras de consecución, así como la atención a un estudio técnico de riesgo y conveniencia.

Los contratantes implicados, representantes de las entidades estatales, no pueden de ninguna manera, y esto porque la ley así lo exige, desconocer un principio de trascendental importancia como es la de planeación y el sometimiento de su propuesta contractual al estudio previo de oportunidad y conveniencia consagrado en la Ley 80 de 1993, Artículo 25, del cuidado y la claridad en el desarrollo de la fase previa, indefectiblemente, depende la materialización de otros principios rectores llamados a permear toda la actividad contractual, vale decir, transparencia y economía, lo que, a su vez, se traduce en el real cumplimiento de los fines de la contratación estatal y, por su puesto, de los fines del Estado, que, entre otros, propenden por la satisfacción de la necesidades de la comunidad.

Las irregularidades en el ejercicio contractual del Estado, no solo se deben al desconocimiento de la ley por ignorancia de los servidores públicos con facultades para llevar a efecto esta actividad sino por el deseo de estos de inobservar la normatividad que la regula con fines corruptos, esto es, con el ánimo de favorecer los intereses personales de ciertos contratistas que carecen de idoneidad para ejecutar el objeto del contrato y, por tanto, de satisfacer sus propios intereses, pues reciben a cambio un buen porcentaje del valor de este, a sabiendas de que los bienes, obras y servicios contratados no cumplirán a satisfacción con el objetivo constitucional y legalmente previsto, vale decir, el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, pues tienen claro que para lograr el

mismo, pueden acudir luego a adicionar el acuerdo, ya que la ley les permite hacerlo hasta en un 50% del precio inicial.

Las normas en esta materia son claras, por tanto, nace así la imperiosa necesidad de contar con unos agentes contratantes capacitados y doctos en el tema, además, con un alto sentido de ética y corrección en la función pública, pues se trata de los recursos que por públicos pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, en consecuencia, reservados para la consecución de sus intereses -generales- y no para que de ellos se apropien unos cuantos a partir del ejercicio de prácticas politiqueras y corruptas en el desarrollo de la actividad más idónea para alcanzar los fines constitucionalmente radicados en cabeza del Estado.

Planeación Contractual.

Dentro del proceso contractual contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como en otras leyes y decretos que la modifican y adicionan, se prevé una serie de etapas que deben cumplirse de manera sucesiva, que suponen unas actividades previas, pre-contractuales, contractuales y post-contractuales, obligatorias en las diferentes modalidades de contratación que se han diseñado para conseguir que el objeto contractual en realidad sea necesario, sea el requerido y, finalmente, se obtenga el mejor, para que de esta forma, se itera, se dé cumplimiento a los fines que le han sido encomendados al Estado, por la Constitución Política de 1991, lo que, además, fue reproducido por el Legislador en el Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Sobre la importancia y necesidad de observar el Principio de Planeación en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado en su Jurisprudencia, se ha pronunciado:

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. (Consejo de Estado, 24 de abril de 2013, Rad: (27315), Jairo Ospina Cano. Tomado de: [http://190.24.134.67/.../2012/73001-23-31-000-1999-00536-01\(22471\).doc](http://190.24.134.67/.../2012/73001-23-31-000-1999-00536-01(22471).doc))

En la etapa previa a la formación del contrato, la entidad estatal inicia un proceso de identificación y selección de las necesidades que pretende satisfacer, los medios requeridos para ello, la modalidad de contratación que va a utilizar; el dinero requerido, las licencias que debe obtener, las especificaciones, cantidades y calidades del bien, obra o servicio, con el fin de disminuir los eventos que puedan afectar la correcta ejecución del contrato.

Y agregó el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad, como resultado de dicha selección; realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos

de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto. (Consejo de Estado; Sentencia del 29 de agosto de 2007;

Rad.(15324) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Tomado de:

<http://190.24.134.67/SENTENCIAS/SENTPROC/F85001233100019960030901S3ADJUNTASENTENCIA20070829094631.DOC.>)

Cabe destacar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado, reiteradamente, que en materia contractual las entidades regidas por la Ley 80 de 1993, tienen la obligación de cumplir con el Principio de Planeación. Aunque este principio no está definido como tal en la ley, en varios de sus artículos se encuentra incluido, por ejemplo, en las disposiciones normativas que regulan aspectos como la identificación de la necesidad, elaboración de estudios previos, la existencia de las partidas presupuestales necesarias, entre otros, disposiciones a la que se aludió en precedente.

Al respecto, el consejo de Estado, ha dicho:

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. (Consejo de Estado; Sentencia del 24 de

abril de 2013, Rad: (27315) C.P Dr. Jairo Ospina Cano. Tomado de:
[http://190.24.134.67/.../2012/85001-23-31-000-2000-00202-01\(19730\).doc](http://190.24.134.67/.../2012/85001-23-31-000-2000-00202-01(19730).doc)

El Principio de Planeación es vital en el desarrollo de la actividad contractual, puesto que implica el análisis previo que determina de una manera muy específica el advenimiento del contrato, traducido en factores sociales y económicos de gran trascendencia. La planeación realizada con transparencia, es el espejo de un óptimo resultado contractual. Es de suma importancia, entonces, que se atienda a los principios contemplados en la Ley 80 de 1993, Artículo 3 de la Ley 80 de 1993: transparencia, imparcialidad, economía, celeridad, publicidad y eficiencia. También el Principio de Planeación atiende a propósitos claros que se han venido esbozando en este trabajo, la consecución de los fines del Estado, el adecuado manejo de los recursos y no menos significativa, la participación ciudadana activa a través de las veedurías.

Las implicaciones del emprendimiento adecuado de la etapa de planeación del contrato estatal y la determinación de diversos aspectos, fueron caracterizadas por el Concejo de Estado, así:

- i. la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- ii. las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- iii. las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición

se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;

- iv. los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;
- v. la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;
- vi. la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;
- vii. Los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (Consejo de Estado; Sentencia del 29 de agosto de 2007; Rad.(15324) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Tomado de:
[http://190.24.134.67/SENTENCIAS/SECCION%20TERCERA/2007/85001-23-31-000-1996-00309-01\(15324\).doc](http://190.24.134.67/SENTENCIAS/SECCION%20TERCERA/2007/85001-23-31-000-1996-00309-01(15324).doc))

Como ya se expuso, cuando no se hace una inadecuada planificación, no es posible definir el fin y la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato. Por tanto, el servidor público competente para contratar debe hacer una correcta planeación para lograr que las demás etapas se cumplan sin demoras, sin interrupciones, sin pérdida de recursos, y como consecuencia de ello con apego a los principios rectores de la contratación pública y de la función administrativa, dejando claridad sobre el objeto del contrato y, en consecuencia, ahorrar dinero y tiempo al tener un análisis previo de riesgos y controversias que pueden

presentarse, todo esto con una sola finalidad, a saber: el cumplimiento del Plan de Desarrollo de la Entidad Pública.

Comoquiera que en muchas ocasiones, como ya se indicó, la realidad evidencia que la ausencia de planeación o las deficiencias en esta no obedece al desconocimiento de la normatividad, sino a la intención, al ánimo, a la resolución conciente de omitirla con el propósito claro de permitir que otro se apodere de los dineros públicos y de paso apoderarse el servidor público de buena parte de estos, lo que corresponde indiscutiblemente al concepto de corrupción, es necesario presentar el marco teórico en el que se mueve el concepto de corrupción para efectos de fundamentar el presente análisis.

“La corrupción se define como una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de las instituciones públicas en beneficio de sus gestores” (RAE, 2013). Recuperado el 22 de Julio de 2013 <http://www.rae.es>. La corrupción está orientada normalmente a la apropiación ilegítima de la riqueza. La utilización del término corrupción presupone que partimos de una materia sana. Con la corrupción, lo que era bueno se descompone; pasamos del bien al mal. En concreto, la apropiación de los bienes comunes por un particular es más reprobable que la simple apropiación de bienes de un tercero, porque pone de relieve la descomposición del sistema político que administra el país.

Al analizar el tema de la contratación pública, y siguiendo a Aristóteles, que consideraba formas puras e impuras de gobierno, la corrupción de la monarquía es la tiranía, y aunque ambos son regímenes de gobierno de tipo monárquico, tienen diferencias profundas, pues el tirano no mira otra cosa que su interés personal, en tanto que para el Rey es importante el de sus súbditos; de la aristocracia se cae en la oligarquía por efecto de los

vicios de sus gobernantes, que reparten la fortuna pública sin tener en cuenta los méritos y se reservan todos los bienes o la mayor parte de ellos, siendo siempre los mismos los que ocupan las magistraturas, pues enriquecerse es su principal preocupación, aspecto en suma matizado con respecto a la aristocracia en la que ese grupo de gobernantes que gozaban de una posición de *aristós* lo hacían en atención a sus capacidades, a la *paideia* política bien acostumbrada entre los griegos y cuyo fin era formar a los futuros gobernantes quienes valiéndose de su virtud política buscan un bien común.

La corrupción genera incredulidad y desequilibrio al interior del Estado Social de Derecho, debido a que impide la consecución de los fines del mismo, consagrados en la Constitución Política. La corrupción imposibilita la materialización de los principios de igualdad, libertad y dignidad en los que se asienta este modelo de Estado. Este flagelo impide a dicha organización ofrecer mejores condiciones de vida para los ciudadanos, pues les impide el acceso al trabajo en condiciones dignas y justas, a la educación, a la salud y a los demás servicios públicos básicos.

Como bien lo decía Aristóteles, el gobierno, que es praxis, tiene el objetivo del bien común, entendido en el sentido de que con un buen Gobierno todo el mundo debe ir mejor, que todos ganan. La justicia consiste en la distribución de honores y riquezas, y en los regímenes no corruptos; tal distribución puede hacerse en términos de igualdad, entendida como dar más a quien más lo merece.

El hecho de que la administración pública tenga un papel relevante en los sectores monopolísticos (concesiones, prebendas, antes patentes de corso, etc.) y en la regulación de moneda (acuñación), genera el origen de la corrupción:

- *Corrupción directa* en el ejercicio de la actividad pública (malversación más o menos directa del erario público, contratación deficiente, sobornos a la autoridad pública)

- *Corrupción indirecta*, en la que se ceden parcial o totalmente a la gestión privada servicios de titularidad pública. En estos casos hay que tener en cuenta dos circunstancias:

Complicidad del sector público en la especulación (monopolios)

Contribución del sector público a la alteración del valor de la moneda (Falsificación, creación de dinero...)

Si se analiza, detenidamente, en la actualidad el esquema aristotélico encontramos que sigue vigente, cada uno de los procedimientos mencionados tiene una relevancia diferente según las épocas. Hoy en día, formalmente, el régimen político imperante es la democracia, aunque como ya observaba Aristóteles, se puede pasar de un régimen de gobierno a otro con gran facilidad.

La *corrupción directa* se produce en ese ámbito de actuación que el sector público realiza directamente por él mismo, sin intermediarios. Ejemplos de corrupción directa son el funcionario público que acepta un soborno para adjudicar un contrato, así como malversación de fondos, que consiste en la apropiación o destino de los recursos públicos para un uso ajeno a su función.

La *corrupción directa*, en principio, es discontinua en el tiempo. Aunque se pueda realizar repetidamente, contrasta con la *corrupción indirecta*, que implica la cesión de la gestión de un servicio público a la empresa privada por un período de tiempo. Esta corrupción suele afectar a cantidades económicas relativamente de poca cuantía.

En el presente hay que decir que los procedimientos empleados para desviar fondos son cada vez más sofisticados. Posiblemente, el sistema más utilizado es la contratación deficiente. Las leyes de contratación pueden presentar algunos vacíos que aprovechan los servidores públicos para hacer adjudicaciones irregulares, a través de las cuales desvían los fondos públicos.

Para entender los procedimientos de corrupción más sutiles hay que referirse previamente al papel y la importancia del sector público en la economía. Karl Marx, es el primero que teoriza sobre la sumisión del Estado al capital y a la clase dominante. Desde el punto de vista marxista, hay que entender que la utilización de las funciones y medios de las instituciones públicas en beneficio de sus gestores, que es tal como definimos la corrupción, sería sistemática.

La opción de la provisión directa de bienes, obras y servicios puede conllevar problemas de malversación y de burocracia. Está comprobado que la burocracia acaba siendo una organización con una dinámica propia que se comporta siguiendo unos intereses particulares, contrapuestos o no necesariamente coincidentes con el interés ciudadano, fin este que prima en la emergencia del contrato estatal.

Sin embargo, este sería un problema del sistema y, por lo tanto, no se puede considerar como corrupción. En aquellas actividades sometidas a regulación pública intervienen varios grupos de intereses, que son las empresas proveedoras de los servicios regulados, la administración reguladora, el legislador y el ciudadano o usuario del servicio. Pues bien, normalmente se comprueba en todo el mundo que los intereses que se imponen son los de las empresas, que 'capturan' o bien al servidor público o bien al legislador para obtener rentas adicionales de los ciudadanos, que son finalmente los que resultan perjudicados.

Los mecanismos más utilizados por las grandes sociedades se basan en la capacidad organizativa de sus empresas y lobbies, que es muy superior a la de los ciudadanos. Un factor muy relevante radica en el hecho de que a menudo quien tiene el verdadero conocimiento sobre la tecnología y la provisión del servicio es la empresa. Mucho menos conocimiento del servicio tienen el Estado y el legislador, y menos aún el ciudadano. En estos casos se dice que la información es asimétrica.

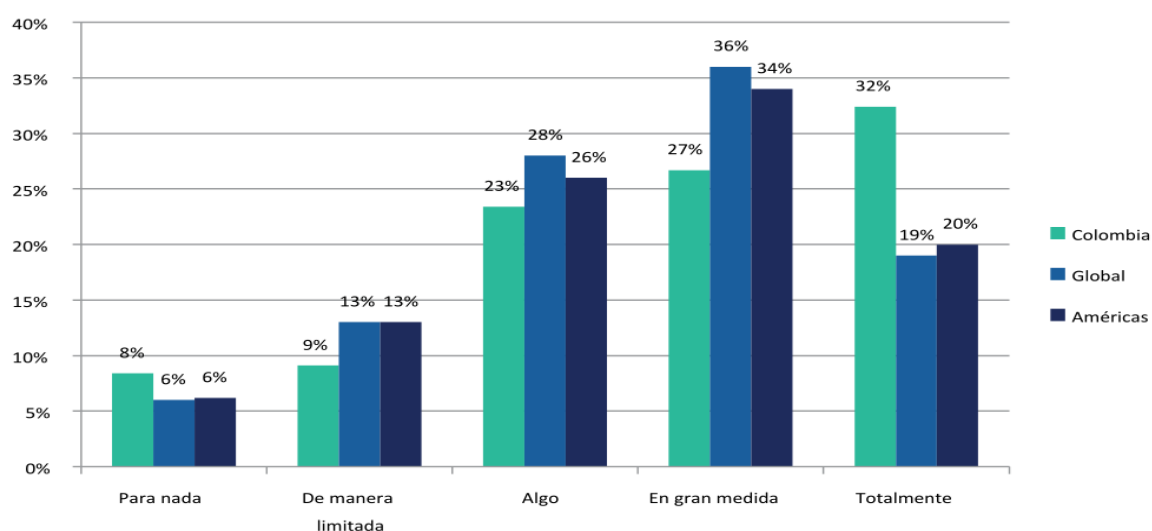
Lo anterior, se evidencia en el último informe del Barómetro Global de La Corrupción, tomado de la Página “Transparencia por Colombia”, en el cuál las personas encuestadas concuerdan con lo expresado en líneas anteriores.

Revisando las opiniones de los encuestados en torno al soborno y a la incidencia de los grupos privados en el gobierno del país, pareciera que las prácticas corruptas están más asociadas a la incidencia indebida de los intereses corporativos en el gobierno que al soborno para acceder a servicios públicos. Esto es posible afirmarlo pues el 32% de los

encuestados consideran que en Colombia un número reducido de corporaciones inciden en el gobierno. La tendencia en el mundo y en las Américas señala que en gran medida estos grupos inciden. En el caso de Colombia, el mayor porcentaje de respuestas están en totalmente (Ver gráfica 7), mientras que el porcentaje de personas que pagan soborno representa sólo el 22% de los encuestados para 2013. (Transparencia por Colombia, 2013)

Gráfica 7

¿Hasta qué punto el gobierno de este país es dirigido por un número reducido de grandes entidades que actúan para su propio interés?



Fuente: Barómetro Global de Corrupción. Transparencia Internacional. 2013.

Ilustración 1

En los informes sobre corrupción en Colombia, la percepción ha ido en aumento en la sociedad como bien lo plasma Armando Montenegro, en el siguiente Artículo:

El sostenido avance del problema se aprecia en el hecho de que en 2002 ocupaba el puesto 50. Ahora, en un nuevo informe, el Barómetro Global de Corrupción 2013, esta entidad reporta la extensión de este flagelo en los distintos sectores del país. Los colombianos, ante

todo, asocian política con corrupción. Colombia está entre los siete países del mundo donde se considera que el Congreso es una de las instituciones más corruptas y comparte con otros 51 la percepción de que los partidos políticos constituyen el núcleo del problema. A diferencia de lo que pasa en otras latitudes, los colombianos no tienen la opinión de que la corrupción gira alrededor del sector privado, el sector educativo, los servicios públicos o los militares (Montenegro, 2013).

La corrupción que consiste en dejarse engañar es difícilmente penalizable, sobre todo si la legislación da oportunidades para que esto pueda suceder. Por ejemplo, la legislación en Colombia no es nada exigente con los estudios económicos que hay que hacer para proceder en una recalificación urbanística, y mucho menos con evaluaciones económicas. Cuando se han producido escándalos urbanísticos, se ha podido comprobar la irrelevancia de las evaluaciones económicas en el planeamiento urbanístico, y sobre todo la falta de evaluación económica ex-post de los resultados de los cambios urbanísticos realizados.

En síntesis, la clave de la corrupción en el procedimiento de captura del Estado es que la administración reguladora facilita a la empresa privada un monopolio. Hay que advertir que aunque haya muchas empresas en un sector determinado se pueden dar casos de monopolio, esto cuando es la Administración quien tiene el control absoluto de las tarifas, las licencias, las recalificaciones, etc.

La malversación es más susceptible de ser ilegal que la corrupción indirecta, que es más sutil; aunque si la legislación permite arbitrariedades es posible que cualquier tipo de corrupción pueda ser legal, en el sentido de que un corrupto podría alegar que no hay

evidencia de nada ilegal en su actuación. Hay que decir, sin embargo, que una actuación puede ser jurídicamente admisible pero poco creíble. De modo que la cuestión que se plantea no es la legalidad sino la legitimidad, es decir, tener a favor la opinión pública. De ahí la importancia que tiene la comunicación.

Régimen de Responsabilidad

En materia de contratos estatales, el régimen de responsabilidad se encuentra regulado en los Artículos, 26, 56 y 59 de la Ley 80 de 1993, así como en la Ley 734 de 2002.

Con el fin de evitar que se haga una mala utilización o un desvío de los recursos públicos, el Estatuto General de Contratación Pública consagra un régimen de responsabilidad para las entidades y para los servidores públicos que en representación de estas intervienen en la actividad contractual, para el contratista, y también para los supervisores e interventores, que son los encargados del control y vigilancia de la actividad contractual, labor que es llevada a cabo por servidores públicos y profesionales contratados para tal fin durante las diferentes etapas del contrato y que son tienen como función dar fe que se cumplió a cabalidad con el objeto del contrato y se hizo una correcta inversión de los recursos públicos.

En las diferentes etapas del proceso contractual, los servidores públicos pueden incurrir en infracción a las leyes, llámense: administrativa, disciplinaria, fiscal, civil e incluso penal. Es importante hacer claridad en que cada uno de los tipos de responsabilidad ya señalados, es independiente el uno del otro, así quien es sancionado disciplinariamente

por violación a la Ley 734 de 2002, puede responder desde el ámbito penal, quien ha pagado y, por tanto, eximido en un proceso fiscal queda por ello liberado de una sanción administrativa; aspecto este que no viola el Principio del Non bis in ídem, ya que cada uno de estos aspectos está reglado de manera particular, su campo de aplicación es diferente, su facultad sancionatoria tiene variaciones y su causa es diferente.

CONCLUSIONES

De la observancia plena de las actividades propias del Principio de Planeación en la contratación estatal depende, en gran medida, la correcta celebración y ejecución del objeto contratado y, por tanto, el cumplimiento de los fines de la contratación pública, entre los que se encuentran los fines esenciales del Estado, previstos en el artículo 2° de la Constitución Política de 1991.

Después de realizar un análisis de las providencias de segunda instancia emitidas por la Procuraduría General de la Nación, se concluye que las irregularidades más frecuentes en la formación del contrato estatal se presentan en la fase previa o de planeación.

En síntesis, se ha desarrollado el concepto de corrupción como una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de las instituciones públicas en beneficio de sus gestores; que puede ser directa, esto será la malversación y soborno a la autoridad, o indirecta, cuando se produce en el marco definido como captura del regulador, estableciendo un puente conceptual inequívoco entre corrupción y monopolio.

Se ha propuesto una nueva orientación dentro del debate sobre la corrupción, el cual es amplísimo y ocupa el interés de la filosofía, el derecho, la economía, la política y la historia. Hemos analizado el efecto que tiene la corrupción al aumentar la incertidumbre y poner en peligro el estado general de confianza.

En conjunto, actualmente, allí donde hay más riesgo de que se produzca corrupción y degeneración del sistema político es en el proceso de captura del Estado por parte de empresas interesadas en obtener del sector público prebendas o cobertura monopolística. Siendo la información asimétrica el aspecto esencial que permite presionar al servidor público, la colaboración ilegítima de la Administración con las empresas reguladas consiste en hacer *lobbies* de una manera u otra, como un resultado del proceder administrativo donde prevalece la admisibilidad jurídica sobre la credibilidad operativa. Este fenómeno contribuye a la ignorancia o confusión de la opinión pública, que de esta manera no cuestiona la legitimidad del procedimiento para proveer los servicios regulados.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; 19 de julio (2001); Radicado: (12037); C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; 24 de abril de 2013, Rad: (27315), Jairo Ospina Cano. Obtenido de: [http://190.24.134.67/.../2012/85001-23-31-000-2000-00202-01\(19730\).doc](http://190.24.134.67/.../2012/85001-23-31-000-2000-00202-01(19730).doc)

Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; Sentencia del 29 de agosto de 2007; Rad.(15324) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Obtenido de: <http://190.24.134.67/SENTENCIAS/SENTPROC/F85001233100019960030901S3ADJUNTASENTE NCIA20070829094631.DOC>).

Decreto 734 de 2012. Obtenido de:

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Decretos/2012/Decreto_734_2012.pdf.

Decreto 1510 de 2013 derogatorio del 734. Obtenido de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>

Escobar Gil, Rodrigo. (1999) Teoría general de los contratos de la administración pública.

Edit. Legis.

Hurtado Martin, S. (2006). política pública, Ética y Corrupción. En Justicia, Políticas Y Bienestar Social (págs. 473-482). [en línea]. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico. [fecha de consulta: 12 junio 2013]. Obtenido de:
http://books.google.com.co/books/about/Justicia_Políticas_Y_Bienestar_Social.html?id=jS3jeVbSv_EC&redir_esc=y.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. (2007). Contratos estatales. Temis S.A. Bogotá

Ley 80 de 1993. Obtenido de:

<http://www.esu.com.co/esu/images/Descargables/PDF/Normograma2/leyes/Ley%2080%201993.pdf>

Ley 1150 de 2007. Obtenido de:

https://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_1150_2007.pdf

Ley 1474 de 2011. Obtenido de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>

Montenegro, A. (13 de julio de 2013). Corrupción: Políticos, jueces, policías. El Espectador

Obtenido de: <http://www.elespectador.com/opinion/corrupcion-politicos-jueces-policias-columna-433450>

Mantallana Camacho, Ernesto. (2009) Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RAE. Obtenido de: <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=uZl8Mv6LfDXX2XuEhAgk>

Rico Puerta, Luis Alonso. (2007). Teoría general y práctica de la contratación estatal. Leyer, Bogotá

Transparencia por Colombia. Barómetro Digital (20 de Julio de 2013) Obtenido de:

http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=372:informe-colombia-barometro-global-de-la-corrupcion-2013&catid=86:publicaciones&Itemid=479