

**Factores socio jurídicos que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal
en Barranquilla**

Trabajo presentado para optar al título de Abogada

Yasiris Saray Benavides Bolívar

Universidad de la Costa - CUC

Facultad de Derecho y ciencias políticas

Departamento de Derecho

Barranquilla

2019

**Factores socio jurídicos que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal
en Barranquilla**

Trabajo presentado para optar al título de Abogada

Tutor: Dr. Juan Manuel Hurtado

Cotutor: Dr. Abel Meza

Yasiris Saray Benavides Bolívar.

Noviembre 2019.

Universidad de la Costa - CUC

Facultad de Derecho y ciencias políticas

Departamento de Derecho

Barranquilla

“No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia”

Montesquieu

Dedicatoria

Dedico este trabajo como muestra de gratitud a mis padres por ser mi mayor apoyo en momentos difíciles; a mi familia en general por siempre creer en mí; a todas las personas que fueron parte de mi proceso, gracias por tanto apoyo; a mi tutor y cotutor por su paciencia y dedicación, por impartir sin límites sus conocimientos que sin duda alguna me ayudaran a crecer como persona y como futura profesional.

Agradecimientos**A Dios**

Por haberme permitido llegar a esta etapa tan importante en mi vida, que, aunque sea la primera de muchas que me esperan, es sin duda una pieza clave en mi formación.

A mis padres

Por su apoyo incondicional, por sus buenos consejos y sobre todo por ser el impulso que me ha traído hoy hasta aquí, a estar a punto de ser una profesional. Mil gracias a ustedes.

A mi tutor y cotutor

Por su paciencia, empeño y dedicación al acompañarme en este trabajo tan importante para mi formación profesional.

A la Universidad de la Costa

Por darme la oportunidad de formarme con sus excelentes profesionales y por haber recibido muy buenos mecanismos de formación a lo largo de mi carrera.

Resumen

En Colombia existen múltiples entidades estatales que además de sus funciones principales cuentan con facultades anexas, tales como la realización de procesos de contratación con particulares para la satisfacción de sus necesidades; los cuales se deben cursar con transparencia y total exposición para la información pública. Con referencia a lo anterior se ha venido presentando una problemática consistente en la manipulación de este tipo de contrataciones denominada corrupción, la cual genera un freno para el desarrollo económico del país. En el informe anual que emite La Corporación Transparencia por Colombia, sobre el índice de percepción de la corrupción del año 2018, (Comunicado de Prensa, Bogotá, 2019) se evidenció el alto índice de corrupción en los asuntos contractuales con el Estado que tiene Colombia; dejó ver, además, que los esfuerzos no han sido suficientes, pues la corrupción tiene al Estado colombiano contra la pared. Los contratos estatales constituyen en la actualidad uno de los temas más relevantes del Estado, tanto que se le ha llegado a considerar la columna vertebral del Derecho Administrativo, pues, se relaciona ampliamente con el mundo jurídico y por supuesto con el desarrollo de una buena administración. Lo anterior con la finalidad de contribuir al perfecto funcionamiento de los fines esenciales del Estado.

Palabras clave: Contrato Estatal, proceso de contratación, corrupción, mecanismos de participación ciudadana, selección de contratistas.

Abstrac

In Colombia there are multiple state entities that in addition to their main functions have attached powers, such as the realization of contracting processes with individuals to meet their needs; which must be taken with transparency and total exposure for public information. With reference to the above, a problem consisting in the manipulation of this type of contracting called corruption has been presented, which generates a brake on the economic development of the country. In the annual report issued by the Transparency Corporation for Colombia, on the rate of perception of corruption of the year 2018, (Press Release, Bogotá, 2019), the high index of corruption in the contractual matters with the State that has Colombia was evidenced ; He also showed that the efforts have not been enough, since corruption has the Colombian State against the wall. State contracts are currently one of the most relevant issues of the State, so much so that it has come to be considered the backbone of Administrative Law, because it is widely related to the legal world and of course with the development of good administration. . The foregoing with the purpose of contributing to the perfect functioning of the essential purposes of the State.

Keywords: State Contract, hiring process, corruption, citizen participation mechanisms, selection of contractors.

Contenido

1. Planteamiento del problema	10
1.1. Formulación del problema.....	12
1.2. Objetivos.....	12
1.2.1. Objetivo general.....	12
1.2.2. Objetivos específicos.....	13
1.3. Justificación.....	13
1.4. Delimitación	14
1.4.1. Espacial.....	14
1.4.2. Temporal	14
2. Marco teórico	15
2.1. Antecedentes de la investigación.....	15
2.3. Régimen jurídico de la contratación estatal	19
2.3.1. Marco jurídico.....	19
2.4. Mecanismos de participación ciudadana	33
2.5. Problemas asociados a la participación ciudadana	36
2.6. Principio de planeación.....	39
2.7. Publicidad de la actuación.....	45
2.9. Proceso de contratación.....	60
Referencias	79

Lista de tablas y figuras

Figuras

1.1 Planteamiento del Problema – Categoría de Riesgo..... 12

2.2 Normativa que regula al Secop.....52

Capítulo I

El problema

1. Planteamiento del problema

Actualmente la corrupción es un tema bastante común en las conversaciones cotidianas de las personas y de los discursos políticos, pues con el pasar del tiempo se ha vuelto más importante analizar esta problemática. Teniendo en cuenta, que a pesar de investigaciones adelantadas al respecto nunca se han obtenido resultados, se toma como posible causa el hecho de que no se le esté dando tratamiento desde su raíz. Es decir, no se estudian las verdaderas razones que dan paso a la corrupción en los procesos de contratación estatal del país, por lo que no se ha logrado buscar solución a tan importante problemática.

Stephen D. Morris, a través de un interesante estudio que realizó, definió la corrupción como “el uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado”, también como “todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político”. (Morris, 1992)

En concordancia con el principio de transparencia en la contratación estatal, definido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la escogencia del contratista debe efectuarse siempre a través de concursos detallados en las modalidades de selección tales como, licitación pública, selección abreviada, procesos de mínima y menor cuantía, concurso de méritos y contratación directa. El Principio de Transparencia, preside el procedimiento de selección de la mano de otros principios como, el de imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. Esto implica, que la actividad contractual debe efectuarse de manera imparcial y objetiva, en igualdad de oportunidades y bajo el imperativo de la moralidad pública. En otro aparte, en el numeral 8 del mismo artículo,

establece que las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder, para lo cual se deben ceñir a la ley y a la finalidad del interés público, prohibiendo eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás procedimientos previstos en el presente estatuto.

Hasta hace apenas unos años, Barranquilla era considerada una de las ciudades más corruptas del país, no obstante, hoy día es una ciudad de riesgo moderado en cuanto a corrupción, pues presenta los resultados menos preocupantes en el índice de transparencia de las entidades públicas, disminuyendo el riesgo de que se roben los recursos públicos. Sin embargo, esto no quiere decir que sea la ciudad donde se administren los recursos de manera más transparente. A continuación, se presenta el ranking de índice de corrupción a nivel departamental y su respectivo nivel de riesgo, donde se sustenta que Barranquilla se encuentra en una categoría de riesgo moderado:

Ranking	Alcaldía	Departamento	Categoría	Visibilidad	Institucionalidad	Control y sanción	ITM 2013-2014	Niveles de riesgo
1	Alcaldía Pasto	Nariño	Segunda	69,9	75,3	89,4	77,89	Moderado
2	Alcaldía Pereira	Risaralda	Primera	67,9	78,1	79,7	75,53	Moderado
3	Alcaldía Barranquilla	Atlántico	Especial	72	75,2	77,3	74,87	Moderado
4	Alcaldía Armenia	Quindío	Primera	72,8	68,3	82,6	73,95	Medio
5	Alcaldía Villavicencio	Meta	Primera	75,3	75,1	65,9	72,42	Medio
6	Alcaldía Manizales	Caldas	Primera	81,1	68,3	66,7	71,65	Medio
7	Alcaldía Montería	Córdoba	Segunda	72,7	66	75,6	70,89	Medio
8	Alcaldía San José del Guaviare	Guaviare	Sexta	69,9	70,3	66,8	69,14	Medio
9	Alcaldía Tunja	Boyacá	Primera	68,5	65,5	74,4	69,08	Medio
10	Alcaldía Neiva	Huila	Primera	73,2	53,1	63	62,08	Medio
11	Alcaldía Bucaramanga	Santander	Especial	65,5	56,9	65,1	61,92	Medio
12	Alcaldía Quibdó	Chocó	Sexta	75,6	50,5	57,9	60,22	Medio
13	Alcaldía Yopal	Casanare	Segunda	66	57,5	56,4	59,69	Alto
14	Alcaldía Cartagena	Bolívar	Especial	59,2	59,5	58,4	59,07	Alto
15	Alcaldía Florencia	Caquetá	Tercera	68,2	51,5	54,9	57,54	Alto
16	Alcaldía Ibagué	Tolima	Primera	44,9	60,6	61,1	56,03	Alto
17	Alcaldía Popayán	Cauca	Segunda	62,2	38,5	61,6	52,51	Alto
18	Alcaldía Sincelejo	Sucre	Segunda	52,6	53,1	40,8	49,25	Alto
19	Alcaldía Inírida	Guainía	Sexta	43,8	43,7	48,6	45,20	Alto
20	Alcaldía Riohacha	Guajira	Cuarta	52,8	34	52,1	45,06	Alto
21	Alcaldía Valledupar	Cesár	Primera	53,4	44,1	34,9	44,11	Muy Alto

Figura 1. Planteamiento del Problema – Categoría de Riesgo/ Fuente. <http://indicedetransparencia.org.co/2015-2016/ITM/Alcaldias>

Dentro del análisis que se ha realizado mediante el Índice de Transparencia de las Entidades Públicas (ITEP) por Colombia, se destaca la administración de la alcaldía de Barranquilla, la cual se encuentra en un riesgo moderado en cuanto a corrupción y con mayores indicadores de transparencia como ya se ha mencionado anteriormente. Entre todas las alcaldías que existen en el país, ésta muestra un comportamiento positivo en comparación con otras entidades del orden nacional y gubernamental que fueron sometidas a evaluación. Sin embargo, esto no quiere decir que Barranquilla sea una ciudad completamente libre de corrupción, es por esto que procederemos a realizar una investigación exhaustiva al respecto.

La situación planteada conduce a un problema social y jurídico que merece un mejor tratamiento con la finalidad de mejorar como país y en el caso concreto de Barranquilla, trascender como ciudad. En tal sentido, se debe profundizar sobre los factores que dan paso a la corrupción en el proceso de contratación estatal, para buscar la solución a esta enfermedad social que, de no ser tratada a tiempo, será muy difícil de curar.

1.1. Formulación del problema

¿Cuáles son los factores socio jurídicos que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal en Barranquilla?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Explicar los factores socio jurídicos que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal en Barranquilla.

1.2.2. Objetivos específicos

- Identificar el régimen jurídico de la contratación estatal en Colombia.
- Indicar los principales problemas asociados a la participación ciudadana
- Analizar el funcionamiento de los recursos técnicos y humanos que intervienen en el proceso de contratación estatal.

1.3. Justificación

La investigación por desarrollar se justificará en la importancia que tienen los casos de corrupción en el Estado Colombiano, pues es un tema que poco a poco ha tomado relevancia y a pesar de estar siendo tratado por entes especializados, no se han conseguido resultados eficaces, lo que ha ocasionado que sea difícil contrarrestarlo.

La constitución política de Colombia del año 1991 en su artículo 355 se manifestó al respecto estableciendo que, las entidades públicas pueden facultar de forma independiente los procedimientos que le permitan ejecutar actos contractuales según sus necesidades, estableciendo métodos y normas internas, teniendo en cuenta el interés general y los principios de derecho principalmente el de transparencia sin olvidar que el Estado es el titular de dichas actuaciones.

Por otra parte, en su artículo 83 estableció que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” (Constitución política de Colombia, 1991, art. 83). Así las cosas, se toma como base la misma carta magna, la cual refiere que en absoluto todos los intervinientes en los procesos de contratación deben cumplir con unos deberes constitucionales.

En este sentido, se tendrán también en cuenta los eventos sociales más relevantes que abren paso a la corrupción, analizando sus consecuencias para con el país. Es menester manifestar que el tema base de esta investigación, resulta ser de gran interés, pero sobre todo muy importante para toda la sociedad colombiana, teniendo en cuenta que la contratación estatal actualmente es una de las figuras jurídicas más utilizadas en la Administración Pública para la ejecución de los recursos del Estado.

Finalmente, esta investigación se direccionará de acuerdo a su trascendencia, debido a que el resultado obtenido hará que se deje de percibir la corrupción como parte del día a día en nuestro país y en especial en la ciudad de Barranquilla.

1.4.Delimitación

1.4.1. Espacial

La investigación por realizarse estará delimitada espacialmente a la ciudad de Barranquilla – Atlántico.

1.4.2. Temporal

La ciudad de Barranquilla cuenta con un amplio precedente con relación a contrataciones públicas y por ende a posibles casos de corrupción en materia contractual.

Bajo esta concepción la delimitación temporal de la presente investigación está demarcada en los años 2016-2019 con la finalidad de abarcar lo concerniente al inicio de la utilización del SECOP II como herramienta clave y cadena de custodia en los procesos de contratación Estatal.

Capítulo II

Marcos de referencia

2. Marco teórico

2.1. Antecedentes de la investigación

Si bien es cierto, la contratación estatal es un tema que en los últimos tiempos se ha visto inmerso en problemas de corrupción a nivel nacional, es por esto que muchos autores han realizado investigaciones al respecto y aportado sus conclusiones a través de trabajos de investigación o artículos, con la finalidad de dar a conocer sus posturas frente a esta gran problemática. A continuación, alguna de ellos:

“Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia.”

El presente artículo es resultado de investigación dentro del proyecto “Caracterización de la colusión: Una aproximación desde la corrupción”, vinculado al grupo de Derecho Público – Categoría B de Colciencias, de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, en la cual se estudiaron los motivos por los cuales la eliminación de la corrupción es prioritaria dentro de la comunidad empresarial: la desconfianza entre inversores, clientes, empleados generada por escándalos éticos; las investigaciones y procesos adelantados por casos de corrupción, entre otros.

“Corrupción en la contratación pública en Colombia.”

Este ensayo fue presentado para optar al título de Especialista en alta gerencia por Aldemar Serrano Cuervo de la Universidad Militar Nueva Granada en el año 2014 y se efectuó haciendo una revisión bibliográfica sobre el fenómeno de la corrupción desde lo histórico, normativo, las causas, consecuencias, impacto económico, social y político, su influencia negativa en la desviación de recursos que afectan el gasto público y el desorden administrativo

producto de la falta de control, supervisión, vigilancia de los organismos de control, que no aplican los instrumentos necesarios para evitar la corrupción en la gestión de relaciones contractuales. Concluyendo que el país se encuentra sumido en un conflicto interno donde la vida vale menos que nada; las componendas de los políticos por el poder minan las instituciones estatales permeándose a un filtro público como son las relaciones contractuales, contratos públicos, donde se fundamentan los sobornos y la corrupción que trasciende desde lo público nacional a los entes territoriales, afianzándose en un sistema jurídico débil, ineficiente muchas veces interpretado de acuerdo al leguleyo de turno.

“La corrupción su historia y sus consecuencias en Colombia.”

Este artículo presentado por Andrea Paola Zuleta, para obtener el título de Especialista en derecho sancionatorio en la Universidad Militar Nueva Granada DE Bogotá, D. C., enero del 2015, buscó hacer una revisión de la Corrupción, su historia y sus consecuencias en Colombia, examinando el caso Colombiano en particular a través de fuentes escritas o virtuales, para considerar cuál ha sido su evolución, si realmente se ha erradicado o si por el contrario ha venido creciendo a pesar de los esfuerzos de las diferentes administraciones. Luego de recopilar toda la información, la autora llegó a la conclusión de que en el país no ha habido éxito en cuanto a la lucha por erradicar la corrupción especialmente en las entidades oficiales, muy a pesar de los cambios que se dieron con la Constitución de 1991, donde se hizo la descentralización del gobierno, pensando que sería una solución a esta situación porque los entes de control como la Procuraduría, Contraloría y Fiscalías regionales, en conjunto con las comunidades estarían dispuestas a defender y fiscalizar los recursos que se destinaban para cada uno de los departamentos, pero no fue así, se tiene un país donde quienes desempeñan cargos públicos se dejan permear por estrategias fraudulentas existentes gracias a la falta de compromiso de sus

habitantes para fiscalizar la gestión de los funcionarios públicos. En concordancia con todo lo anterior, es indispensable endurecer las leyes que la castigan y crear programas educativos donde la ética y la moral sean incluidas de manera transversal durante el proceso de aprendizaje, para que de forma natural cada uno actúe dentro del cumplimiento de los valores humanos, con responsabilidad hacia su propia nación: Colombia.

“Efectos económicos de la corrupción en la contratación estatal en Colombia.”

El presente trabajo buscó estudiar el fenómeno de la corrupción como el flagelo en la economía de los países del Siglo XXI; pues este se encuentra inmerso en las funciones estatales, en la planeación, presupuesto, gestión de recursos humanos, administración de recursos físicos, control fiscal, entre otras áreas donde se presenta la corrupción en la contratación Estatal. Especialmente en las que no hay transparencia, ni equidad en los procesos licitatorios, es más, se presenta un monopolio de contratistas considerados como los únicos capaces de ofrecer productos o servicios al Estado. Así las cosas, se llegó a la conclusión que Colombia se encuentra en medio de un conflicto social armado, el cual, es desmoralizante y costoso, ante la existencia de prácticas corruptas en el manejo de dineros públicos, en la contratación Estatal.

“Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción.”

El artículo en referencia fue escrito por Carlos Alberto Lara Arias, abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. En él relata el efecto que el proceso de integración económica, adoptado por el Estado colombiano con la Constitución Política de 1991, ha traído en esta materia, al pasar de un Estado ejecutor a uno con un rol más regulador. Lo anterior conlleva que los bienes y servicios que en gran medida eran asumidos directamente por la entidad estatal, ahora los suministren proveedores del sector privado o social, ampliando

su participación indirecta en la prestación del servicio público y por ende en el logro de los fines del Estado. Al considerar lo que implica el servicio público y que su finalidad no es la que busca el sector privado, el gobierno ha diseñado mecanismos que promuevan la protección de los principios de la función pública en el proceso para la adquisición de bienes y servicios, ya que si bien la contratación es un medio para lograr la misión estatal, estos productos y servicios se involucran en la calidad de dicha misión, y por lo tanto se deben controlar para efectos de asegurar la transparencia, la selección objetiva, las condiciones técnicas e idóneas de los bienes, servicios y proveedores/contratistas, mediante la gestión eficiente, eficaz y efectiva de los recursos que se tienen para los procesos contractuales. Aunque existen esos controles y múltiples normas que regulan y determinan la forma de contratar, que fijan los fines de la contratación y establecen varias formas de responsabilidad, los procesos contractuales que adelantan las entidades estatales siguen siendo presa de la corrupción, lo que lleva a preguntarse qué otros factores inciden en esta problemática y cuál puede ser su solución.

“Corrupción y delitos contra la administración pública Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública.”

En la presente investigación del año 2008, el autor Carlos Guillermo Castro Cuenca afirma que la corrupción sigue siendo uno de los principales problemas del Estado de derecho en el siglo XXI. Su incidencia reduce la eficacia de la inversión, aumenta el valor de los bienes y servicios, reduce la competitividad de las empresas, vulnera la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, condena a la miseria a quienes deben ser destinatarios de las políticas públicas. Sin embargo, la lucha que han realizado muchos gobiernos y funcionarios judiciales contra este fenómeno ha modificado sus formas de aparición, pues es cada vez menos frecuente la apropiación directa de los caudales públicos o la entrega de sobornos a los

funcionarios, y se prefieren métodos mucho más sutiles como los sobrecostos, la subcontratación masiva o la constitución de complicadas sociedades, en las cuales tienen participación los funcionarios públicos o sus familiares. De esta manera, la corrupción en la administración pública ha dejado de ser un fenómeno protagonizado únicamente por los funcionarios públicos, para convertirse en una compleja empresa constituida por algunos empresarios y políticos, en la cual, como en todo contrato de sociedades, los “socios capitalistas” financian las campañas políticas para recoger los dividendos representados en sobrecostos de los contratos públicos, que los funcionarios, como “socios industriales”, entregan a través de concesiones, subcontrataciones, revisiones de precios o adjudicaciones, a través de actuaciones administrativas con apariencia de total legalidad.

2.2. Bases teóricas

2.3. Régimen jurídico de la contratación estatal

2.3.1. Marco jurídico

Colombia cuenta con un amplio campo normativo que regula lo concerniente a la contratación con el Estado, a continuación, los aspectos más importantes de cada una de las leyes que estipulan conceptos, normas y principios por los cuales debe regirse la contratación Estatal.

“Ley 80 de 1993 “Estatuto general de contratación de la administración pública”.

Es importante tener en cuenta el presente estatuto como norma principal en los procesos de contratación con el Estado, pues tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. Como es de saber, este tipo de contratos es realizado entre particulares con el Estado a través de entidades Estatales, las cuales a su vez son manejadas por servidores públicos. A continuación, la presente ley en sus primeros artículos realiza una breve descripción de estos conceptos que son claves en el tema base de esta investigación. En su

artículo 2 identifica las entidades Estatales, servidores y servicios públicos, con la finalidad de dejar claro a la comunidad en general, quienes son autorizados para participar en Contrataciones con el Estado. Artículo 2. "...Se denominan entidades estatales:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
- b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

De tal forma, todas las entidades que, de una u otra forma, tengan participación parcial o total del Estado o en su defecto las que trabajen de forma descentralizada administrativamente. Así mismo, es necesaria la existencia de personal capacitado para realizar las gestiones de contratación con las entidades Estatales mencionadas anteriormente, tal como lo son los servidores públicos, quienes para todos los efectos son:

- a. Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta.
- b. Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

Además de los conceptos referidos anteriormente, el estatuto general que regula la administración pública, dispone en su artículo 3 la importancia de cumplir con los fines esenciales de la contratación estatal resaltando la eficiencia y efectividad en la ejecución o prestación de servicios en pro del Estado. Más adelante, en su artículo 24 estipula lo concerniente al principio de transparencia, el cual considero es uno de los más importantes que rigen la contratación estatal, pues establece etapas en las que los participantes en un proceso de contratación podrán intervenir en todas las actuaciones del mismo, por lo que estas deberán ser públicas de acuerdo al numeral tercero 3° del mismo artículo. De tal forma, todos los pasos dentro del proceso de contratación con el Estado deben ser completamente públicos y transparentes.

La presente ley, por ser el estatuto general que regula la contratación y administración pública, define además en su artículo 32 el contrato estatal como *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”* (Estatuto general de contratación de la administración pública, 1993, Art. 32). Además, menciona en el mismo artículo los tipos de contratos que se pueden ejecutar entre particulares y el Estado, tales como:

Contrato de obra. Tienen por objeto la construcción, mantenimiento, instalación o la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.

Contrato de consultoría. Son los referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos.

Contrato de Prestación de Servicios. Celebrados por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales.

Contrato de Concesión. Su objeto es otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien.

Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

Decreto 1068 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

Si bien es cierto, para la ejecución de los contratos anteriormente relacionados es necesaria la existencia de entidades Estatales y la de particulares -sean personas naturales o jurídicas- capacitados para el ejercicio de los mismos, estos últimos quienes en adelante serán denominados oferentes o contratistas (dependiendo la fase contractual en la que se encuentre),

serán seleccionados de acuerdo a las modalidades de selección de contratistas, de acuerdo a lo estipulado en el capítulo 5 del decreto en mención.

Por otra parte, en cuanto al principio de publicidad su artículo 2.2.1.5.8. Estipula que todos los contratos realizados con las entidades Estatales descentralizadas del orden nacional tienen como requisito la publicidad de sus actuaciones procesales, la cual será efectuada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP.

Decreto 1082 de 2015 - Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Particularmente considero que la planeación es un tema relevante en la contratación Estatal, pues por medio de esta se busca que todas las intervenciones que tenga el Estado en las actuaciones contractuales o de cualquier tipo económico y social se realicen de forma correcta en pro su buen manejo, teniendo en cuenta las partes claves dentro de un proceso de contratación estatal. Al respecto el presente decreto asienta directamente en su Título 1 capítulo 1 sección 1 subsección 2 artículo 2.2.1.1.1.2.1. Quienes serán participes en el proceso de contratación.

- a. Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.
- b. Colombia Compra Eficiente.
- c. Los oferentes en los Procesos de Contratación.
- d. Los contratistas.
- e. Los supervisores.
- f. Los interventores
- g. Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley.

Más adelante, en la sección 2 del mismo capítulo en lo concerniente a la planeación, resalta la importancia de la elaboración del proyecto de pliego y pliegos de condiciones, que no es más que la descripción del objeto a contratar, agregando entre otras cosas, los requisitos, modalidad y valor del mismo, lo cual será desarrollado de una manera más amplia en el cuerpo del presente trabajo.

Ley 1150 de 2007 - Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Si bien la presente ley en mención introdujo modificaciones en la Ley 80 de 1993, también dicto disposiciones importantes en materia contractual; entre las cuales encontramos la selección objetiva, que más allá de ser un requisito en dicho proceso, se ha convertido en un principio clave para su ejecución. De tal forma, en su artículo 5 establece que *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés...”* más adelante, refiere que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de

Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. 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.

Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las

condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores (Ley 1150, 2007, Art. 5).

Teniendo en cuenta la aplicación del anterior principio, damos un pequeño salto a otro de los temas relevantes en la presente ley, pues ésta explica detalladamente las modalidades de selección de contratistas en el proceso de contratación Estatal, y además, dicta importantes disposiciones en cuanto a las posibilidades de los oferentes para ser escogidos como contratistas por cualquiera de los siguientes medios.

Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Cabe destacar que dentro de esta modalidad de selección de contratistas se pueden presentar unas sub selecciones de acuerdo a su cuantía, tales como la escogencia para contratación de menor cuantía.

Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se

entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

- a. Urgencia manifiesta
- b. Contratación de empréstitos
- 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.
- d. La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.
- e. Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
- f. Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público.
- g. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado.
- h. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.
- i. El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

- j. La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.

Contratación mínima cuantía. 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 constituye para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Ley 1474 de 2011 - por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Teniendo en cuenta que el tema base de esta investigación es la corrupción en los procesos de contratación Estatal, tomaremos como relevante la presente ley toda vez que adopta medidas administrativas para la lucha contra la corrupción. Una de ellas es inhabilitar a personas que

quieran contratar con el Estado siempre que previamente hayan incurrido en actos de corrupción. Además hace mención sobre el tráfico de influencias de particular y el soborno, dos tipos penales realmente claves que serán desarrollados posteriormente dentro del presente.

2.3.2. Apreciaciones de la corte.

Ciertamente, la contratación Estatal es un tema de gran importancia no solo para los partícipes en ella sino para la sociedad en general, es por tal motivo que el Estado Colombiano, no conforme con haber implementado normatividad jurídica en relación con esta, también se ha manifestado al respecto, a través de sus órganos judiciales. A continuación, unas de las apreciaciones más relevantes de la honorable Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-713/09.

La presente es una acción pública de inconstitucionalidad en la que se demandó los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, pues el demandante considera que vulneran los artículos 1 (prevalencia del interés general), 2 (fines esenciales del Estado), 209 (función administrativa), 273 (adjudicación licitación en audiencia pública), 333 (libre competencia económica), 365 (prestación eficiente de los servicios públicos) y 366 (finalidades sociales del Estado) de la Constitución Política. Además, destaca el interés general y la finalidad de la contratación Estatal en un Estado social de derecho, en la cual la corte establece:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (Corte constitucional, Sentencia C-713/2009).

Sentencia C-887/02

De esta sentencia en particular, extraemos el concepto que emite La Corte sobre el principio de igualdad y el de la buena fe en contratación estatal:

Según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe, pues le

impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.

Así mismo, resaltó la importancia de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en contratación estatal, lo cual se refiere a la igualdad de cada uno de los oferentes al participar en estos procesos de selección en los casos en que haya una propuesta más favorable.

El reconocimiento del principio superior de la igualdad de oportunidades implica así mismo que el legislador al configurar el régimen de contratación estatal establezca procedimientos o mecanismos que le permitan a la administración seleccionar en forma objetiva y libre a quien haya hecho la oferta más favorable, mediante la fijación de reglas generales e impersonales que presidan la evaluación de la propuestas y evitar incluir cláusulas subjetivas que reflejen motivaciones de afecto o interés hacia cualquier proponente, sin entrar a predeterminar, claro está, al sujeto -persona natural o jurídica- con quien ha de celebrarse el correspondiente contrato. (Corte constitucional, Sentencia C-887/2002).

Sentencia C-499/15.

La presente sentencia se refiere al capítulo VII de la ley 1474 de 2011 sobre las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública ubicándola en un Estado social de derecho, lo cual la hace parte importante dentro de la presente investigación toda vez que las bases del mismo radican en la importancia de prevenir los actos de corrupción en el proceso o los factores que la causan. Al respecto, la corte refirió:

En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la

contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal. (Corte constitucional, Sentencia C-499/2015).

Un comunicado publicado en la página web de Colombia Compra Eficiente en adelante (CCE) de fecha 17 de mayo de 2019 indica que la Corte fortaleció la transparencia en la contratación con el Estado al declarar la asequibilidad condicionada del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en atención a la demanda de constitucionalidad interpuesta por el ex contralor Edgardo Maya. En concordancia con lo anterior, CCE lo considera un respaldo a la buena actuación en la contratación estatal, blindando no solo a los inversionistas sino también a terceros que hayan actuado de buena fe.

Personalmente celebro al igual que CCE este fallo de la Corte Constitucional, pues con él se sienta un precedente de gran importancia para el Sistema de Compra Pública y por ende para el proceso de contratación como tal. CCE al respecto refirió: “...*esta jurisprudencia fortalece objetivos de Gobierno Nacional en el marco de la alianza contra la corrupción establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo*” por su parte, José O’Meara director general de CCE, afirmó que “*una articulación entre los esfuerzos de CCE y las Altas Cortes en el país permite fortalecer la*

lucha en contra de la corrupción y aunar esfuerzos hacia objetivos en común: la transparencia en la contratación” (O’Meara, J, 2019). Además de considerar que el anterior concepto es bastante acertado, coincido con el director de CCE toda vez que crear y mantener este tipo de alianzas o trabajos mancomunados, es lo que refuerza el correcto manejo de recursos públicos a través de los procesos de contratación con el Estado.

2.4. Mecanismos de participación ciudadana

Como es del conocimiento, Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y garantista de derechos humanos; tal como lo establece el artículo primero de la constitución política. Además, en su artículo 2 refiere que *"son fines esenciales del Estado: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación"*, (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 2).

De alguna manera al dejar que la soberanía recaiga exclusivamente en el pueblo el Estado Colombiano les da a los ciudadanos un mecanismo de participación. De tal forma, el artículo 40 describe que en absoluto *“todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”* (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 40).

Con la finalidad de cumplir con lo anterior se han adoptado mecanismos que permiten la participación ciudadana, a través de los cuales el pueblo ejerce sus derechos. Al respecto, la Ley 1757 de 2015 -creada para promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural- alude que los mecanismos de participación ciudadana son la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto”. De

acuerdo a lo recopilado en la ley en mención y la Ley 134 de 1994 se relacionan las siguientes definiciones de los mecanismos de participación ciudadana.

El plebiscito. Es el mecanismo de participación mediante el cual el Presidente de la República convoca a la ciudadanía a que apoyen o rechacen una decisión del Ejecutivo puesta en cuestión y que no requiera aprobación del Congreso, excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes.

El referendo. Es la convocatoria mediante la cual los ciudadanos pueden participar en la aprobación o derogación del proyecto de una norma jurídica o de una ya vigente, así como en la creación o segregación de un municipio; en la derogación de una reforma constitucional o sometan a aprobación un proyecto de reforma constitucional. El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.

El cabildo abierto. Es la reunión pública del concejo distrital, municipal o juntas administradoras locales, en la cual hay participación de los habitantes para discutir libremente de manera directa y pública acerca de los asuntos de interés de la comunidad.

La iniciativa popular. Es un derecho político de participación ciudadana que consiste en la posibilidad de que la ciudadanía pueda presentar proyectos de normas jurídicas ante el Congreso de la República para que, dentro de la misma, sean debatidos y posteriormente, aprobados, modificados o negados.

La revocatoria del mandato. Es un derecho político, por medio del cual la ciudadanía mediante votación directa puede cesar de su cargo público a un funcionario electo, ya sea un

gobernador o a un alcalde y es clara al señalar que no aplica para otros funcionarios de elección popular como congresistas, diputados, concejales, o Presidente de la República.

La consulta popular. Es el mecanismo de participación mediante el cual una pregunta de carácter general sobre un tema de trascendencia nacional, departamental, distrital, municipal o local, es sometida por el Presidente de la República, Gobernador o Alcalde, según sea el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

El voto. El voto es un derecho y un deber de todo ciudadano. Por una parte, la Constitución le garantiza a todo colombiano mayor de 18 años, a excepción de los integrantes de la fuerza pública, la facultad de participar en las elecciones por medio del sufragio. El derecho al sufragio no tiene distinciones de raza, credo, género, situación socioeconómica, nivel educativo o militancia política.

Del mismo modo, votar es un deber ciudadano en tanto todos tenemos la responsabilidad de participar en la vida pública. La democracia necesita de ciudadanos que participen y validen las decisiones de interés general. De la calidad de nuestras decisiones en las urnas depende en gran medida el bienestar de todos.

La Constitución de Colombia establece que el voto es libre. Cada quien puede apoyar al candidato o lista de su preferencia, basándose en los designios de su libre albedrío, ajeno a amenazas, intimidaciones o cualquier otra forma de presión. Así mismo, el voto exige la presencia personal del elector en la urna y es secreto. Ya que el voto debe ser una expresión autónoma y espontánea de la voluntad individual, el Estado debe tomar todas las medidas

tendientes a permitirles a los ciudadanos mantener en reserva sus preferencias electorales (Arrieta López, M. 2018).

2.5. Problemas asociados a la participación ciudadana

Como se ha mencionado anteriormente, el fenómeno de la corrupción penetra en lo más profundo de la conciencia de los pueblos, obstruyendo la estabilidad de las instituciones, el desarrollo económico y el progreso social, lo que la convierte en una enfermedad social -como se mencionó en la parte introductoria del presente trabajo- y es que este tipo de diagnósticos son producto de la crisis que vive una sociedad. Es lamentable concluir que en la actualidad, nos encontramos con una sociedad materialista, consumista e individualista en la que se han trastocado los valores.

De esta manera, a través de un análisis de la carga de prevenir o mitigar el daño antijurídico, tanto en el derecho privado como en la contratación estatal, y con una presentación de los diferentes escenarios, instrumentos y garantías a través de los cuales se desarrolla la participación ciudadana, se propone y justifica el empoderamiento de la población civil en el desarrollo de las actividades públicas para combatir la corrupción. Ante esta nefasta y preocupante realidad de la que «ningún país es inmune» (Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República de Colombia, 2013), la sociedad se enfrenta a evaluar no solo el papel de las instituciones públicas en el combate contra la corrupción, que sin duda es el más determinante, sino también el de todos los ciudadanos del común, que de alguna u otra manera nos vemos perjudicados por todos los efectos que genera. La participación de cada uno de los ciudadanos en los programas sociales, económicos y culturales, nos haría participantes activos de la lucha contra la corrupción.

De esta manera, se ve necesario el fortalecimiento al papel que juega la sociedad civil. A manera de ejemplo, un papel fiscalizador de la ciudadanía para garantizar la transparencia de las acciones estatales (García y Revelo, 2010). La importancia de la participación ciudadana en la prevención de las consecuencias dañinas derivadas de los actos de corrupción se enmarca, como lo diría García de Enterría, en una «actuación cooperativa, en que el administrado, sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general» (García de Enterría y Fernández Tomás-Ramón, 2005, p 79).

Tal actuación corresponde a la materialización del principio democrático como uno de los pilares centrales en la formación del sistema de Derecho Administrativo (Abmann, 2014, 19-38), a través del cual la administración pública articula todos sus mecanismos para lograr la participación concreta de los ciudadanos en sus decisiones.

Así las cosas, en el derecho administrativo contemporáneo se ha reconocido la necesidad de reforzar la legitimación en general y la legitimación democrática de la administración pública en el sentido de que ya no basta la legitimación derivada del simple respeto de la legalidad [...] propia del Estado liberal de derecho, sino que es necesario que existan otras fuentes de legitimación de la actuación administrativa. Esta situación es el resultado de los diversos cambios en el quehacer de la administración pública, pero, especialmente, de la crisis de la democracia representativa y de la incorporación de la democracia participativa, junto con el fortalecimiento de los poderes de intervención y de decisión de la administración pública [...] (Santos, 2016, 448).

En cuanto a la intervención ciudadana en los contratos que celebra el Estado colombiano tenemos que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano se establece dicho

proceso dentro de ciertas etapas, está en primer lugar, la etapa de planeación o pre-pre-contractual, la cual da inicio al proceso con la presentación del proyecto de pliego de condiciones. En segundo lugar, una etapa de selección o precontractual, marcada por la expedición del pliego de condiciones; por último, la etapa contractual, que determina la celebración, ejecución y liquidación del contrato.

Bajo este proceso, la ley determina que «las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley» (artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto de Colombia 1.082- 2015) son partícipes del sistema de compras y contratación pública.

En ese contexto, el marco regulatorio de la contratación estatal en Colombia da prevalencia al interés público inherente a toda la gestión del Estado (Matallana, 2013, 82-84). De ahí, la comunidad tiene derecho a conocer quiénes, porqué y cómo se toman las decisiones (Dávila, 2016, 11) a lo largo del proceso y de esta manera lograr identificar, prever o mitigar los posibles efectos dañinos que generan aquellas, al tratarse de perjuicios en contra de la sociedad misma.

Así las cosas, tratándose de la participación ciudadana como una herramienta para la construcción de la transparencia en el combate contra la corrupción, es una preocupación latente de los pueblos que tiene reconocimiento supranacional expreso. Y es que para nadie es un secreto que el mayor problema asociado a la participación ciudadana en Colombia en general radica en el muy mencionado y delicado problema de comprar votos. Al respecto, la revista semana en comunicado del día 28 de septiembre del año 2019 expresó, “Un estudio del Barómetro Global de Corrupción muestra un dato preocupante: el 40 por ciento de los colombianos consultados manifestaron que les han ofrecido dinero por su voto. En Colombia se

sabía de la compra de votos, pero nunca a ese nivel. El estudio mide otras variables de corrupción no menos preocupantes: el 47 por ciento de los encuestados considera que los jueces y magistrados son sobornables; el 78 por ciento sostiene que denunciar la corrupción no solo no sirve, sino que expone al denunciante a represalias.”

Al respecto, Jorge Enrique Horbath refirió la siguiente reflexión, “Hablar del tema electoral en Colombia es recordar una parte de la historia política, donde se cruzan los vectores de violencia y pobreza. El clientelismo, la compra y acarreo de votantes, la manipulación del voto y la falta de un sistema electoral con un enfoque de justicia social son un claro ejemplo de los espacios limitados con que cuenta el ejercicio ciudadano para generar fórmulas efectivas de cambio a la permanente reproducción de la pobreza y la violencia en las regiones del país. El estado actual de orden público y el deterioro de la economía a partir de la contracción de la demanda interna y la dependencia de las exportaciones de productos primarios hacen que el marco social en que se desarrollan la comisión se convierte en el termómetro de evaluación de las instituciones del poder gubernamental en el país. Desde el espacio de democratización se aportan limitantes a incorporar elementos de justicia social para que las distancias entre las regiones y su población sea menor y se pueda hablar de una sola Colombia y no de muchas como actualmente se percibe.”

2.6. Principio de planeación

Las Entidades Estatales previo a un proceso de contratación, deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. Además de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la

actividad contractual privada y pública. La planeación requiere de la Entidad Estatal un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones. Se puede decir que el principio de planeación se presenta entonces como la base en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública (Luna, F. 2018).

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. (Corte Constitucional, Sentencia C-300/2012).

Es importante resaltar que el principio de planeación es completamente doctrinal, pues no se encuentra tipificado en ninguna normativa Colombiana sobre contratación estatal, es decir, este principio es palpable por medio de la revisión de sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como por la doctrina, en donde se desarrolla la interpretación del citado principio en cuanto a su concepto y alcance. Se puede decir que el mismo se construye de la mano de los principios de transparencia y eficiencia, pues garantizan que los interesados en el proceso, conozcan todos los aspectos relevantes sobre el proceso de contratación en el que estén participando. La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados, depende en buena medida de que en ella se cumpla

con los deberes de planeación y de selección objetiva. (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 9).

Conviene enfatizar la importancia de la aplicación de la planeación, por lo que ha sido denominado como un principio en la contratación estatal, pues es la base y el soporte fundamental del contrato y su trámite, por lo que al aplicarlo permite que el contrato se ajuste a las necesidades de la entidad, además convierte al Contrato en instrumento para el cumplimiento de la misión de la entidad. Los puntos clave dentro de la planeación serán:

- Precisar objeto, plazo y valor
- Valorar y prever los riesgos
- Determinar cantidad de recursos necesarios y fuentes
- Documento base de la minuta correspondiente

Las omisiones que se cometan en esta etapa se reflejarán en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato generando la declaratoria de desierta de una licitación, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien o servicio prestado o simplemente al quebrantamiento de la ecuación contractual. Consecuentemente lo que se debe realizar en la planeación es:

- Estudios previos. (Conducente, pertinente, conveniente)
- Registro en el Sistema de Información para la vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.
- Registro Único de Precios de Referencia, RUPR

- Establecer los ítems
- Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (Si hay lugar)
- Determinar el impacto social ambiental (Si hay lugar)
- Consulta sobre impuestos
- Análisis del mercado
- Elaboración del presupuesto
- Determinación del Sistema de Precios
- Selección de la forma de pago
- Estimación de los costos por ajustes e imprevistos
- Determinación y procedimiento de selección del contratista
- Verificación de la apropiación presupuestal
- Programación de la contratación
- Programación del desarrollo del contrato

En cuanto a la reglamentación que la soporta, el Decreto 2170 de 2002 establece en su artículo 8°. *De los estudios previos*. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

- La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
- 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.

- Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
- El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
- El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

Lo anterior como parte de la planeación de un contrato. No obstante, el Manual de Buenas prácticas para la gestión contractual pública, publicado en la página del Departamento Nacional de planeación refirió "...La Administración Pública podrá celebrar contratos sólo en la medida en que verifique con certeza que:

- Se ajustan a las necesidades de la entidad para el cumplimiento del servicio público que tiene encomendado.
- Se dispone de recursos suficientes para solventar las prestaciones que se dejarán a cargo del contratista.
- Se cuenta con los estudios de soporte requeridos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como para definir las condiciones (objeto, especificaciones técnicas, plazo y valor) en que debe ser ejecutado.
- Se conoce los riesgos que implica para las partes la ejecución del objeto contractual y ha asignado en la minuta respectiva, por cuenta de cuál de éstas corren, ha obtenido los bienes (predios, equipos, edificaciones), permisos y licencias que demande la iniciación o ejecución del contrato, o ha dado inicio al trámite para su obtención oportuna de acuerdo con el cronograma de ejecución contractual y, ha definido el esquema para hacer seguimiento y control a la actividad del contratista".

Teniendo en cuenta lo anterior y que se ha desarrollado el concepto de la planeación al interior de la contratación estatal, se considera de gran importancia abordar las normas que son aplicables al ya mencionado principio, pues es en virtud de ellas en las que se sustenta y hace exigible jurídicamente el citado principio al interior del proceso de contratación pública. Es entonces cuando se infiere que si bien este principio no fue consagrado en el Estatuto de Contratación Pública (ley 80 de 1993), de manera taxativa, en virtud de que la estrecha relación con otros principios (que se han mencionado anteriormente) se considera que la existencia y naturaleza del mismo, radica en la aplicación de estos otros principios.

Pero además el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios del mercado podrá cumplir con otro imperativo deber como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 8).

Si partimos de la información anteriormente citada del Consejo de Estado, tenemos que es muy clara la relación entre la planeación y otros principios. No obstante, si bien la planeación se evidencia en la presencia y desarrollo sistémico de los demás principios y que su no tipificación en el corpus jurídico es una situación notoria, tal como lo advierte el consejero de estado Jaime Orlando Santofimino, que propone en su sentencia del 28 de marzo de 2012, una revisión sistemática y teleológica de la norma las bases jurídicas propias del principio, al afirmar que: 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 (Relatoría del Consejo de Estado, p. 7)

2.7. Publicidad de la actuación.

Con el fin de proporcionar mayor eficiencia y transparencia a las actuaciones del Estado en aspectos de contratación, se expidió, el Documento CONPES 3249 aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en Octubre del 2003, en el que se estableció una política de contratación y se recomendó la creación de un sistema electrónico, que permitiera hacer el seguimiento de todas las etapas del proceso contractual, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo. Partiendo de la información anterior, se trae a colisión la sentencia C-711 de 2012 de la honorable Corte constitucional en la que se demanda la inconstitucionalidad del artículo 223 del Decreto 19 DE 2012 por medio del cual el Gobierno Nacional elimina el requisito de la publicación de los contratos estatales en el Diario Único de contratación - DUC y su publicación exclusiva en el SECOP.

Artículo 223. Eliminación del diario único de contratación. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicarán en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán

de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

La disposición acusada no suprime el deber de publicar el contrato estatal, sino que suprime una forma de realizarlo, eliminando la publicación en un medio escrito como el Diario Único de Contratación y optando por un medio electrónico, no impreso -Sistema Electrónico de Contratación Estatal, SECOP-, que cumple la misma finalidad de hacer público el conocimiento de dichos actos de la actuación contractual de la administración. En cuanto a que la supresión de la publicación en el Diario Único de Contratación fuese necesaria, y en consecuencia ajena al ámbito de las facultades extraordinarias conferidas, se concluye que, si bien la publicación de los contratos estatales puede tenerse como requisito esencial para la ejecución y control público de los contratos oficiales, no así su inclusión en una forma específica de divulgación, como el DUC. Por el contrario, al disponerse que sea publicado en un medio electrónico, al cargo y cuidado de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se asegura la regularidad de este tipo de trámite, en manos de una entidad responsable de realizarlo; y, simultáneamente, se cumple la finalidad de la publicación, que no otra distinta de brindarle al público la posibilidad de acceso fácil, oportuno, idóneo y eficaz a los términos de la contratación estatal. (Corte Constitucional, Sentencia C-3711/2012).

Más adelante se refirió a la publicidad de los contratos estatales como garantía constitucional:

La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los

asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (Constitución política, Art. 209). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.

La honorable Corte exaltando el principio de publicidad en los contratos estatales, emitió su concepto acerca de los medios electrónicos para publicación y difusión de información relativa a procesos de contratación.

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

avalados en pronunciamientos de esta Corporación como aptos para el cumplimiento del principio de publicidad (Corte Constitucional, Sentencia C-3711/2012).

Por su parte, La ley 1150 de 2007, introdujo modificaciones al Estatuto General de la Contratación y, a tono con la Ley 527 de 1999, permitió que la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, se pudieran realizar a través de medios electrónicos. (Art. 3) y para dar cumplimiento a dicho propósito, señaló que el Gobierno Nacional desarrollaría el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual: i) contaría con las funcionalidades tecnológicas para realizar los procesos de contratación electrónicos, bajo los métodos de selección señalados en la ley; ii) sería el punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; iii) tendría la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, y; iv) integraría el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública.

Posteriormente, el Presidente de la República, estableció las reglas necesarias para el trámite de los procesos contractuales a través del SECOP (Decreto 3485 de 2011), creó la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– y le asignó dentro de una de sus funciones: “Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.” (Decreto 4170 de 2011, Art. 3, núm. 8).

2.8. Secop.

El Gobierno Nacional a través del Programa Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones, desarrolló y operó el portal de contratación (www.contratos.gov.co) desde abril de 2003, que surgió inicialmente como un mecanismo para centralizar la información sobre la contratación que adelantaban las entidades, lográndose su consolidación con la expedición de los Decretos 2178 de 2006 que en su artículo 1º creó el SECOP y el Decreto 2434 de 2006 que lo hizo obligatorio (Corte constitucional, Sentencia C-711/2012).

Inicialmente, es importante aclarar que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), es el medio de información oficial de toda la contratación realizada con dineros públicos. Es el punto único de ingreso de información para las entidades que contratan con cargo a recursos públicos. El sitio web de Colombia compra eficiente, en su fase informativa, define al Secop de la siguiente manera:

Es un sistema electrónico que entre otras funcionalidades, permite a las entidades estatales cumplir con las obligaciones de publicidad de los diferentes actos expedidos en los procesos contractuales y permite a los interesados en participar en los procesos de contratación, proponentes, veedurías y a la ciudadanía en general, consultar el estado de los mismos. Es importante resaltar que según el documento Conpes 3620 de 2009, el Secop se creó como un incentivo para el uso del comercio electrónico, cuyo desarrollo se realizará a futuro una vez se dé inicio a la Fase transaccional la cual permitirá “llevar a cabo la gestión pública contractual a través de medios electrónicos”. (Colombia compra eficiente, 2012).

Más adelante, refiere que el Secop surge como respuesta a la adopción de medidas que buscan garantizar el cumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia en la contratación pública, tal como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo. Lo anterior, en aras de alcanzar dos objetivos: “*pulcritud en la selección de contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado*” (Colombia compra eficiente, 2012). Para ello desde marzo de 2003 entró en funcionamiento el Portal Único de Contratación como mecanismo de información de los procesos contractuales del Estado.

Es importante resaltar que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública actualmente es administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-. La función principal de dicho sistema consiste en acercar el accionar de las entidades del Estado en materia de contratación pública con el ciudadano en general, siendo coherentes con las políticas del actual gobierno en las cuales se busca que las acciones del gobierno nacional estén orientadas hacia la transparencia y la rendición de cuentas. El Secop a su vez, se divide en tres plataformas administradas por Colombia Compra Eficiente, las cuales son grandes componentes del Sistema Electrónico de Contratación:

Secop I. Plataforma en la cual las entidades que contratan con cargo a recursos públicos publican los Documentos del Proceso. Es una plataforma exclusivamente de publicidad.

Secop II. Plataforma transaccional para gestionar en línea todos los Procesos de Contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Cada cuenta tiene unos usuarios asociados a ella. Desde sus cuentas las Entidades Estatales crean, evalúan y adjudican Procesos

de Contratación. Los Proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del Proceso, presentar ofertas y seguir el proceso de selección en línea.

Tienda Virtual del Estado Colombiano. Plataforma transaccional a través del cual las entidades compradoras hacen las ofertas para adquirir: (i) bienes y servicios a través de los Acuerdos Marco de Precios; (ii) bienes y servicios al amparo de Contratos de Agregación de Demanda; y (iii) bienes en la modalidad de Mínima Cuantía en Grandes Superficies.

Normativa que rige el Secop.

Si bien todos los actos presentados en la etapa precontractual, contractual y postcontractual deben ser completamente transparentes y públicos, existen normativas internas que lo refuerzan en pro de su cumplimiento. De tal forma, el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 facultó al Gobierno Nacional para implementar los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades del Estado sometidas al Estatuto General de la Contratación cumplirían con las obligaciones de publicidad en relación con la contratación pública electrónica, lo anterior, a través del desarrollo del sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop. Este desarrollo y administración está a cargo de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 4170 de 2011.

Además, el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013 establece la responsabilidad de las entidades contratantes de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación, dicha publicidad se realizará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop en el sitio web indicado por el administrador. Lo anterior quiere

decir que por cada proceso de selección que adelante una entidad pública debe existir en el Secop la publicación del proceso contractual.



Figura 2. Normativa que regula al Secop /Fuente.

http://www.aplicacionesmcit.gov.co/secop/normas_rigen_el_secop.html

Actos que deben publicarse en el Secop.

Los documentos enunciados en el artículo 3 Definiciones del Decreto 1510 de 2013 como documentos del proceso obligatorios de publicación en el SECOP son a) Estudios y documentos previos; b) El aviso de convocatoria; c) los pliegos de condiciones o la invitación; d) las adendas; e) la oferta (adjudicataria); f) el informe de evaluación; g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el proceso de contratación.

A continuación, algunos de los documentos que son objeto de publicación en el Secop, de acuerdo a la modalidad de selección, sean de Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.

En cuanto a los documentos objeto de publicación en la etapa precontractual, tenemos:

Licitación pública.

- Aviso de convocatoria pública (artículo 21 Decreto 1510 de 2013)
- Avisos en la página web y Secop sobre el objeto y características esenciales de la contratación (artículo 224 Decreto 019 de 2012)
- Proyecto de pliego de condiciones
- Estudios y documentos previos
- Observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Acto administrativo de apertura del proceso de selección
- Pliego de condiciones definitivo
- Acta de revisión de asignación de riesgos previsible y si se llevó a cabo de audiencia de aclaración de pliegos de condiciones
- Adendas
- Acta de cierre del proceso
- Informe de evaluación
- Proyecto de acto administrativo que decide el proceso
- Acta de audiencia pública de adjudicación
- Acto administrativo de adjudicación

Selección abreviada de menor cuantía.

- Aviso de convocatoria pública

- Proyecto de pliego de condiciones
- Estudios y documentos previos
- Observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Acta de sorteo, si a ello hubiere lugar
- Acto administrativo de apertura del proceso de selección
- Pliego de condiciones definitivo
- Adendas
- Acta de cierre del proceso
- Informe de evaluación
- Proyecto de acto administrativo que decide el proceso
- Acto administrativo de adjudicación

Selección abreviada por subasta inversa.

- Aviso de convocatoria pública
- Proyecto de pliego de condiciones
- Estudios y documentos previos
- Observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Acto administrativo de apertura del proceso de selección
- Pliego de condiciones definitivo

- Adendas
- Acta de cierre del proceso
- Informe de verificación de requisitos habilitantes para acceder a la subasta inversa
- Acta de audiencia de subasta presencial o su equivalente cuando se realice por medios electrónicos
- Acto administrativo de adjudicación

Concurso de méritos.

- Convocatoria para presentar expresiones de interés cuando exista precalificación*
- Aviso de convocatoria pública
- Proyecto de pliego de condiciones
- Estudios y documentos previos
- Observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones al proyecto de pliego de condiciones
- Modificaciones al aviso de convocatoria para presentar expresiones de interés*
- Acta de audiencia pública de precalificación*
- Acto administrativo de apertura del proceso de selección
- Pliego de condiciones definitivo
- Adendas
- Acta de cierre del proceso
- Informe de evaluación
- Acta de acuerdo sobre el alcance y valor del contrato

- Acto administrativo de adjudicación

Contratación de mínima cuantía.

- Invitación pública a participar en los procesos de mínima cuantía
- Estudios y documentos previos
- Observaciones a la invitación pública
- Documento de respuesta de la entidad sobre las observaciones a la invitación pública
- Adendas
- Acta de cierre del proceso
- Informe de evaluación
- Respuestas a las observaciones del informe de evaluación

Contratación directa.

- Acto administrativo de justificación de la contratación directa, si a ello hubiere lugar.
- Estudios y documentos previos

Por otra parte, los documentos objeto de publicación en la etapa contractual, serán los siguientes:

- Contrato (incluidos los que se celebren con los comisionistas para la actuación en bolsas de productos).
- Comunicación de aceptación de la oferta en los procesos de mínima cuantía
- Oferta Ganadora
- Adiciones

- Prórrogas
- Modificaciones
- Suspensiones
- Cesiones
- Sanciones ejecutoriadas

Finalmente, en la etapa postcontractual, los documentos objeto de publicación en el Secop son:

- Acta de liquidación de mutuo acuerdo
- Acto administrativo de liquidación unilateral, si a ello hubiere lugar
- Constancia del cierre del expediente del proceso de contratación

Actos exceptuados de publicación en el Secop.

Así como los actos o documentos relacionados anteriormente son de obligatoria publicación en el Secop, existen algunas excepciones:

- Los asuntos expresamente sometidos a reserva.
- Los documentos expedidos en los procesos de selección de adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas.
- La operación que se realice a través de las bolsas de productos para la adquisición y suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.

Fallas del Secop II.

Si bien en la información anteriormente referenciada, se detallan los documentos que se deben publicar en el Secop y aunque las entidades así lo realicen, existen formas de manipular o dejar que el sistema “presente fallas” que pongan en riesgo el correcto funcionamiento del proceso. Al respecto, el concejo de Bogotá emitió un comunicado de fecha 22 de febrero de 2019 en el que relata lo siguiente, “Paralizada la contratación en Colombia”, El Sistema Electrónico de Contratación Pública conocido como Secop II, una plataforma que depende de Colombia Compra Eficiente, está presentando fallas que tienen paralizada la contratación en la ciudad. Se han detectado deficiencias que ponen en riesgo la información.

Más adelante refirió que, la insuficiencia del sistema para soportar varios usuarios al tiempo, la necesidad de poner la misma información en varios formularios para el mismo proceso, la obligación de hacer trámites por teléfono o por correo electrónico que no tienen los mismos estándares de seguridad y la caída permanente del sistema son algunos de los problemas que están denunciando los contratistas.

Es prioritario que el Gobierno Nacional se ponga al frente de la solución de los problemas porque la parálisis de la contratación está afectando las inversiones y las labores de las entidades públicas frente a los ciudadanos que deben atender.

Es grave lo que está pasando con el Secop II. Se están presentando fallas técnicas que impiden el cargue y descargue de documentos, y esto hace que se pierda la custodia y seguridad de la información, pues estas falencias obligan a manejar el correo electrónico, que no tiene la seguridad propia de la plataforma para el manejo de la información. No está operando la funcionalidad de suspender y reanudar los procesos de contratación cuando hay fallas que paralizan los procesos y las etapas del proceso de contratación en la plataforma no están sincronizadas con el estatuto general de contratación.

Hay un alto riesgo de cometer errores porque el sistema exige el ingreso de la misma información en varios formularios y no hay un mecanismo que alerte sobre esa situación. Hay procesos como la creación de una contratación directa, que exige el ingreso de hasta cuatro formularios distintos. Un error que parece de principiantes es que la plataforma resulta insuficiente cuando ingresan al mismo tiempo muchos usuarios y como consecuencia de ello suele bloquearse o presentar fallas constantemente.

También se están presentando problemas con el manejo de las pólizas, porque cuando la entidad rechaza las que han sido subidas al sistema el usuario no tiene acceso a la justificación de la entidad para no aceptarla, y debe entrar en el procedimiento de llamar por teléfono para que la entidad le explique los cambios que debe hacer la aseguradora.

El Secop II parece no estar preparado para temas como la liquidación de contratos, para resolver asuntos cuando hay saldos a favor de los contratistas, porque son situaciones que exigen cargar documentos con posterioridad a la terminación del contrato y el sistema no lo permite. Como si estas fallas no fueran suficientemente graves, la mesa de ayuda no es ágil y a los contratistas les resulta difícil comunicarse y eso afecta gravemente los tiempos perentorios en los que hay que responder los requerimientos de la contratación.

Es urgente que el Gobierno Nacional revise lo que está pasando con esta plataforma de Colombia Compra Eficiente porque estas fallas cobijan también a la tienda virtual, en la que se deben diligenciar varios formularios con información repetida, no es claro cuándo deben incluirse estampillas en las órdenes de compra y eso impacta la definición del valor final de los pagos.

Otro asunto grave es que la plataforma no permite verificar la historia contractual de la orden de compra y finalmente no se cuenta con un acuerdo marco de precios en la mayoría de los

bienes y servicios que normalmente se adquieren mediante la tienda virtual. Lo anterior como muestra de una de las tantas falencias que ocurren en el proceso de contratación a nivel general.

2.9. Proceso de contratación

Ciertamente el proceso de contratación estatal es una serie de interacciones entre una entidad contratante y las personas (naturales o jurídicas) en calidad de postulantes a la ejecución de un contrato. Doctrinalmente se cree que la contratación tiene actividades previas y posteriores, por lo que comúnmente estas se agrupan en:

- Actividades pre-contractuales
- Actividades Contractuales
- Actividades Post-Contractuales.

Es importante detallar cada una de las etapas dentro del proceso de contratación, por lo que es preciso señalar que existe una etapa previa a las tres mencionadas, la planeación del contrato.

Si bien la planeación es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados, su producto es un PLAN que contiene políticas, programas, cronogramas, presupuestos. En pocas palabras, es una proyección realista y verificable que da muestra de su organización. La planeación como principio – doctrinal – al igual que la importancia de su aplicación, se ha definido y detalladamente explicado en el desarrollo del presente trabajo.

2.9.1. Etapa precontractual.

En esta fase, previa al perfeccionamiento del contrato se relaciona de forma directa y específica cómo será el procedimiento con el contrato a celebrar. Dentro del cual sucederán los siguientes escenarios:

- Términos de Referencia o Pliegos de condiciones
- Selección del Contratista (Trámite correspondiente, previamente explicado)
- Suscripción o celebración del Contrato (Acuerdo sobre)

Al respecto, la ley 80 de 1993 en su artículo 25 numeral 6 establece *“Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”* más adelante, en el mismo artículo, refiere en cuanto a los documentos requeridos *“Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia”* específicamente las actividades dentro de la etapa pre contractual consisten en:

Pliego de condiciones o Términos de referencia.

- Elaboración del proyecto
- Publicación (Página Web de la Entidad /diarios de amplia circulación/ otros medios).
- Recepción de observaciones y sugerencias.

- Adecuación y elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos.

Selección del Contratista

- De acuerdo con la forma y procedimiento de Selección:

(Licitación Pública, Convocatoria Pública, Invitación Pública y por Orden de Servicios) la

Contratación Directa es la excepción

- La Selección de Contratista: Acto Administrativo motivado.
- El proceso de selección puede no ser exitoso (desierta).
- Previo a la firma: ya se ha expedido el Certificado de disponibilidad presupuestal - CDP; posterior a esto el Certificado de registro presupuestal - CRP.

2.9.2. Etapa contractual.

Una vez se haya surtido la etapa anterior, con la firma y perfeccionamiento del contrato comienza la etapa contractual, la cual consiste principalmente en el desarrollo del objeto contractual, por parte del Contratista, y de la Contraprestación por parte del Contratante; en las condiciones forma y plazos pactados.

Ejecución del contrato.

- Designación de Interventor o Supervisor
- Acta de Inicio
- Anticipo (Si hay lugar)

- Terminación de la ejecución del contrato (se puede dar por vencimiento del plazo, cuando así lo determina la administración, cuando el contratista renuncia a su ejecución, cuando se vence la garantía, cuando sobreviene inhabilidad)

2.9.3. Etapa post contractual.

Todas las actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o en el acto que lo da por terminado de manera anticipada pertenecen a la etapa post contractual. Dicha fase, inicia y culmina con la liquidación siendo el acto que formaliza la terminación del contrato.

Liquidación.

- Modalidad (Común Acuerdo o Unilateral)
- Contenido (Relación detallada, paz y salvo o compensaciones, revisión y ajuste de garantías)
- Término (el inicialmente pactado o que establezca la ley)

2.9.4. Contratación directa.

La contratación directa, es una modalidad de selección que tiene la contratación Estatal, donde las Entidades compradoras del Estado pueden celebrar contratos con los particulares o con el mismo estado, sin necesidad de realizar una convocatoria pública, esto con la finalidad de ahorrar tiempo en la adquisición de bienes y/o servicios.

La contratación directa no implica la libre elección del contratista, es decir, la administración no puede concertar libremente el contrato y escoger sin ningún procedimiento o

condiciones previas al contratista, pues el principio de selección objetiva impone una selección reglada. (Ramírez Ramírez, 1995)

Ramírez explica que la diferencia entre la licitación pública y la contratación directa es la publicidad del llamado y los términos. Los términos buscan ser más ágiles en la contratación directa, la celeridad es la razón de ser de este tipo de proceso de selección. Por otra parte, el llamado a participar en la licitación se hace de forma general e indeterminada, es decir, a todos los posibles interesados. En la contratación directa la invitación puede ser más restringida, esto así pues el fundamento de este proceso de selección no es solamente la agilidad de la contratación, sino también la especialidad del contratista porque solamente determinada persona puede ejecutar óptimamente el contrato necesitado. El procedimiento de contratación directa es facultativo, por ende, si la administración lo considera conveniente y necesario, puede acudir al proceso licitatorio, aunque se den los supuestos para la contratación directa. En últimas, la contratación directa es un procedimiento renunciabile.

Como ya se había anticipado, como proceso de selección excepcional de contratistas la contratación directa es de aplicación restrictiva por lo tanto solo podrá acudirse a este cuando se configuren los presupuestos fácticos y normativos previstos expresamente por el legislador (Ramírez Ramírez, 1995), siendo el principal la existencia y configuración de alguna de las causales legales que habilite contratar de esta forma. Por esta razón, la entidad estatal debe expedir un acto administrativo de justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa con el contenido del artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, teniendo en cuenta las excepciones contempladas en el mismo.²⁰

La modalidad de contratación directa, regulada en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, procede única y exclusivamente frente a las causales previstas en la ley, y por lo

tanto su aplicación es de carácter restrictivo. Las causales por las cuales procede la contratación directa son:

Urgencia manifiesta. (Literal a) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007; artículo 74 Decreto 1510 de 2013). Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección públicos. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado. "Control de la contratación de urgencia": Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto de la entidad. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta. (Artículo 43 Ley 80 de 1993).

Contratación de empréstitos. (Literal b) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007).

Contratos o convenios interadministrativos. (artículo 92 Ley 1474 de 2011; artículo 76 Decreto 1510 de 2013) Aquellos que se celebran directamente con cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, siempre que las obligaciones contractuales a realizar tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas. (Literal e) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007; artículo 79 Decreto 1510 de 2013).

Eventos en que no existe pluralidad de oferentes. (Literal g) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007; artículo 80 Decreto 1510 de 2013) Acorde con el artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 de 2015, se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. (Literal h) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007; artículo 81 Decreto 1510 de 2013). La entidad podrá contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando verifique la idoneidad y experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que se haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita, con fundamento con lo establecido en los estudios previos allegados por el área requirente. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. Adicionalmente, para esta contratación se deberá tener en cuenta que las actividades a desarrollar deberán ser de carácter temporal y no podrán satisfacer actividades administrativas de carácter permanente.

Contratos para el arrendamiento o adquisición de inmuebles. (Literal i) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007; artículos 82 y 83 Decreto 1510 de 2013) Para el arrendamiento de bienes inmuebles se deberán aplicar las reglas del artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015, teniendo en cuenta lo siguiente:

Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la entidad requiere el inmueble.

- a) Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.
- b) De igual manera, se deberá contar con un estudio previo, que contemple diferentes alternativas del sector donde se encuentre el inmueble, en el evento que en el mismo se encuentren varios de similares características, deberán ser comparadas para elegir la de menor costo de acuerdo a las características técnicas requeridas.

Para efectos de la adquisición de inmuebles, se aplicarán las reglas del artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, siendo necesario lo siguiente:

- a) Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad.
- b) Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

Adicionalmente se deberá tener en cuenta que el inmueble a adquirir debe cumplir con todas las normas urbanísticas exigidas en el ordenamiento jurídico y contra con todas las licencias y permisos que sean necesarios acorde con el POT de cada ciudad o municipio,

debe contar con el uso de suelo permitido, gravámenes y limitaciones de dominio que puedan generar cargas adicionales a la entidad para lo cual se deberá realizar el respectivo estudio de títulos.

Contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público. (Literal f) numeral 4° artículo 2° Ley 1150 de 2007).

La contratación de bienes y servicios en el Sector Defensa, la Dirección Nacional de inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.

(En el entendido que el segmento del primer inciso del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1510 de 2013 que determina "sin que sea necesario recibir varias ofertas", se encuentra suspendido de manera provisional, mediante Auto del Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso No. 110010326000201400035 00 (50.222) del 14 de mayo de 2014. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. (Colombia compra eficiente, 2016).

Teniendo en cuenta las anteriores causales para que se pueda realizar la contratación directa, lo cierto es que esta modalidad de contratación se encuentra estrechamente asociada a la corrupción. Puede facilitar escoger un revisor fiscal amigo, por lo tanto, carente de integridad y de objetividad.

El trabajo solo menciona estas condiciones institucionales y mecanismos institucionales de abuso del poder discrecional para el escenario de la contratación directa, pero en nuestro concepto, debe añadirse la potestad reglamentaria del ejecutivo como un escenario monopólico generador de rentas económicas ya que, como se verá en el desarrollo de este trabajo, mediante la regulación de contratos estatales puede generarse el mismo efecto de los pliegos sastre.

2.10. Contratación directa en Barranquilla.

En cuanto al tema específico de contratación directa en la ciudad de Barranquilla, el índice de uso de este medio de selección de contratistas no es tan alto en comparación con los otros mecanismos de selección. Al respecto, el Auditor General de la República destacó que mientras que en el país el 75% de la contratación se hace de forma directa, en la capital del Atlántico es del 33% y la licitación pública es del 62%. El auditor General de la República, Carlos Felipe Córdoba, afirmó que Barranquilla es una de las ciudades que tiene mayor transparencia a la hora contratar la ejecución de los recursos públicos. A nivel nacional, explica el auditor Carlos Felipe Córdoba, por cada \$100.000 la contratación directa sería de %75.000 y la licitación pública de \$15.000.

“Esto demuestra casi todo lo que se hace en Barranquilla, o la gran mayoría, es vía licitación pública, tratando de que haya más oferentes, reduciendo los riesgos de contratación”, destacó Córdoba.

De igual forma, manifestó que estas cifras son importantes para la transparencia en la contratación pública. “Se reduce el riesgo de una contratación amañada o el riesgo de algunos grupos en quedarse con los recursos públicos de los barranquilleros”, señaló e indicó que estos temas son importantes en torno al esquema de transparencia, lo cual reduce los riesgos en materia de contratación.

Durante la vigencia 2016 el Distrito informó que llevó a cabo obras públicas por más de un billón de pesos, de los cuales se han derivado 30 contratos en 20 procesos de contratación y recibió 200 propuestas integradas por más de 400 firmas nacionales y extranjeras (Zúñiga, J. 2017).

Por su parte, la Vicepresidenta de la República, Marta Lucía Ramírez, le exigió a todos los ministros información para luchar contra la corrupción y promover la transparencia en la administración pública. “Este año 2019 tiene que marcar un antes y un después en la lucha de Colombia contra la corrupción. En el día de hoy le estoy pidiendo a todos los ministros y a los jefes de las entidades del orden nacional que nos presenten la información sobre los contratos directos que celebraron el año pasado, los contratos interadministrativos, los contratos que se hicieron con un único proponente, porque todas estas operaciones son las que en el pasado han dado lugar a tantos agujeros negros, a tanta opacidad en materia de corrupción”, señaló.

A través de una carta dirigida a cada uno de los funcionarios, señaló que “la contratación directa se ha convertido en la regla general y la licitación es la excepción, lo cual lesiona principios de la función administrativa como la transparencia, la economía, la eficiencia y la moralidad pública y distrae los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades de los colombianos”. Dijo que “esta información la estamos solicitando, pidiéndole a todos nuestros ministros que hagan el corte: lo que encontraron ellos a partir del 7 de agosto, lo que contrataron ellos y lo que ya venía contratado”.

De la misma forma, la funcionaria envió un mensaje a los colombianos para que denuncien todos y cada uno de los hechos de corrupción que conozcan. “El presidente Iván Duque y yo estamos determinados a que Colombia dé una lucha sin cuartel contra la corrupción y por eso quiero invitar el día de hoy a toda la ciudadanía a que la información que tengan sobre hechos de corrupción, nos la dejen conocer”.

También manifestó que la Vicepresidencia trabaja con el Secretario para la Transparencia y lucha contra la corrupción, Andrés Rugeles, para recibir toda la información y las denuncias para que esta lucha contra la corrupción de verdad sea una lucha sin cuartel. La Vicepresidenta

afirmó que “este año necesitamos que la ciudadanía, de la mano con nuestro Gobierno, se comprometa a que Colombia la vamos a convertir en un país líder en transparencia, en el buen uso de los recursos públicos, eficientes, transparentes, que se traduzcan en un mayor bienestar de los ciudadanos. Quiero invitar a todos los colombianos a que me acompañen con el presidente de la República a liderar esta tarea tan importante”.

2.11. Tráfico de influencias.

La idea es llamar la atención sobre el concepto entendido por la doctrina como gran corrupción o corrupción de cuello blanco, la cual envuelve a élite social, altos cargos estatales y alto mundo económico. Así la ha definido Misas et al.: “Sus operaciones son el resultado de una compleja trama de acciones legales e ilegales mediante las cuales se preparan escenarios en los cuales se expiden normas, se adecúan estatutos, se modifican leyes para que la defraudación de enormes recursos del Estado tome visos de acciones legales o se permita el abuso de posición dominante sin que los organismos estatales responsables defiendan a los consumidores. En estos casos se permite que ingentes recursos sean captados por empresarios privados en detrimento de la sociedad y el Estado.”

En el escenario monopólico de la contratación estatal los mecanismos utilizados han sido los pliegos sastre o pliegos hechos a la medida de quien va a participar en el proceso para que sólo un contratista cumpla con los requisitos habilitantes solicitados, los convenios de interés general celebrados con entidades sin ánimo de lucro (contemplados en el artículo 355 constitucional y objeto de estudio de este trabajo de grado), y artilugios jurídicos para evitar la modalidad de selección competitiva del contratista y recurrir a la contratación directa, alegando

alguna de las causales para contratar de esta forma, cuando en realidad no existen o no son procedentes para el caso concreto (De la Torre, M. 2018).

De igual forma la adjudicación de contratos estatales como consecuencia de la corrupción en el proceso electoral, al buscar compensar con estos recursos a los financiadores de la campaña electoral del funcionario electo y parte contratante, no puede limitarse al escenario del proceso electoral, por el efecto que tiene en la contratación pública, debe incluirse dentro los mecanismos de abuso del poder discrecional.

En cuanto a la sanción para este tipo de conductas reprochables, la ley 599 de 2000 establece en su artículo 411^a, el tráfico de influencias de particular como tipo penal, “El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, más adelante en su artículo 412 refiere del Enriquecimiento ilícito “El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.”

No obstante, éstas no son las únicas conductas en que se pueden ver inmersos los servidores públicos y particulares que tengan intenciones bajas en los procesos de contratación, tal es el caso del que trata el artículo 30 del código penal Colombiano, Soborno transnacional, el

cual establece que el que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Entiéndase por soborno, el que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio e incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, es indispensable destacar la importancia en cuanto a la implicabilidad de estas actuaciones dentro del proceso de contratación estatal, pues además de todos los problemas asociados a participación ciudadana y a fallas en el Secop, los tipos penales de que tratamos en el presente y en conjunto con las demás actuaciones influyen de manera negativa y por ende pueden convertirse en factores que generen corrupción.

Capítulo III

Metodología

Para el desarrollo de la presente investigación se implementó el método investigativo de investigación bibliográfica documental y análisis crítico, teniendo en cuenta que en el proceso de recolección de información para la construcción de un objeto de investigación o de un proyecto de tesis, la investigación bibliográfica y documental ocupa un lugar muy importante, debido a que garantiza la calidad de los fundamentos teóricos de la investigación. El profesor Luis Bernardo Peña de la universidad Javeriana define la bibliografía documental como “un texto escrito que tiene como propósito presentar una síntesis de las lecturas realizadas durante la fase de investigación documental, seguida de unas conclusiones o una discusión” (Peña, 2010)

Por su parte, distintos autores se han pronunciado al respecto conceptualizando la investigación bibliográfica documental de la siguiente manera:

Guillermina Baena, licenciada en Ciencias de la Información (1985) la define como “La investigación documental es una técnica que consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura, crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas y centros de documentación e información”.

Laura Cázares, investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana de México (2000): “(...) depende fundamentalmente de la información que se recoge o consulta en documentos a los que se puede acudir como fuente o referencia en cualquier momento o lugar”.

En otras palabras, podemos decir que la investigación bibliográfica documental es la que consiste en la revisión de material bibliográfico que existe con referencia a un tema específico

que se quiera estudiar. Es decir, es uno de los principales pasos para cualquier investigación e incluye la selección de fuentes de información.

Por otra parte, en cuanto al Análisis Crítico tenemos que, es un tipo de investigación analítica sobre el discurso que estudia primariamente el modo en que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos, por los textos y el habla en el contexto social y político. El análisis crítico del discurso toma explícitamente partido, y espera contribuir de manera efectiva a la resistencia contra la desigualdad social.

Conclusiones

Se logró identificar el régimen jurídico que regula la contratación estatal en Colombia y se evidenció que, a pesar de contar con una amplia normativa, las partes dentro de un proceso de contratación siempre encontrarán la forma de satisfacer sus propios intereses, aunque esto implique la adopción de medidas no tan lícitas. Aunque está claro de acuerdo con las encuestas citadas en el cuerpo del trabajo, que Barranquilla como ciudad mantiene en la actualidad unos índices bastante bajos en cuanto a corrupción estatal se trata. Sin embargo, es lamentable la realidad que se vive a nivel de país, pues para nadie es un secreto que muchas zonas del país de han visto afectadas con estos malos proceder por parte de los funcionarios públicos al frente de la contratación o de los contratistas que también son parte de ello.

Se indicaron cada uno de los mecanismos de participación ciudadana existentes en Colombia, así como su regulación jurídica y los problemas que a estos se asocian. Si bien el voto es uno de los mecanismos de participación ciudadana -creería que de los más importantes- es relevante indicar, que es enorme la problemática que lleva asociado. Actualmente, los incidentes relacionados con el ejercicio del voto se han direccionado a los tan nombrados fraudes

electorales, y es que por medio de este mecanismo de participación ciudadana se genera un tipo de corrupción que aunque no sea directamente la que da paso a la corrupción en el proceso de contratación estatal, se encuentra altamente enlazada a ésta, pues a raíz de la mala utilización del voto se pueden generar factores sociales dirigidos a causar corrupción dentro de un proceso de contratación con el Estado.

El tema de la compra del voto en la actualidad es algo completamente conocido por todos; se trata de aspirantes a cargos públicos, que pagan sumas de dinero a cambio de recibir el apoyo (voto) de demás ciudadanos. Sin embargo, este no es el verdadero problema que causa corrupción dentro de los procesos de contratación estatal, porque si bien esto ocurre, no deben existir compromisos futuros por parte de los aspirantes, para con estos. Por consiguiente, el tema electoral se ve involucrado en fraude cuando funcionarios del ente encargado -Registraduría Nacional del Estado Civil- incurrían en actividades ilícitas, inclinándose a conveniencia de sus simpatizantes, ayudándolos de una u otra forma a manipular la información plasmada en los documentos oficiales que soportan los resultados de las elecciones, para posteriormente recibir sus “bonificaciones” las cuales pueden ser ayudas en procesos de contratación con el Estado de acuerdo a los cargos a los que estuvieren aspirando, sin contar de que formas pueden realizarlo. Lo anterior como muestra de agradecimiento por la ayuda recibida en las urnas; es de esta forma como se ve envuelto el ejercicio del voto en factores sociales que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal.

Además de lo anteriormente mencionado, se analizó el funcionamiento de los recursos técnicos con que cuenta el proceso de contratación estatal en la actualidad -Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)- en el cual se pudo evidenciar que, a partir de su implementación en el año 2016, sobrevinieron a éste muchos cambios si tomamos como base el

Secop I. Pues una de sus fallas es que el sistema deja habilitados a los funcionarios la publicación de documentos partes de un proceso de contratación, incluso días después de la fecha inicialmente establecida en los pliegos de condiciones, lo cual les da la oportunidad a los oferentes con la ayuda de los funcionarios autorizados para el manejo del sistema, para posibles modificaciones o arreglos a su propia conveniencia. Otro de los factores que genera falla en el sistema es que absolutamente todo el proceso paso a ser virtual, incluyendo la presentación y aceptación de ofertas, lo cual no sucedía en el anterior sistema. La forma en que se pueden presentar factores que den paso a la corrupción es que los funcionarios que reciban dichas propuestas tendrán la oportunidad de abrirlas y modificar lo necesario según la conveniencia de los oferentes que deseen ayudar, y posterior a esto realizar la publicación de estos, dándoles un tiempo de gabela para la subsanación (fraudulenta) de sus propuestas. Y es justo en ese momento, cuando a través del tráfico de influencias entra la actuación humana, pues es claro que un particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público o viceversa, en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, ya está incurriendo en tal delito.

Lo anterior se ve reflejado, cuando funcionarios encargados de llevar el proceso de contratación estatal, hacen “favores” a contratistas oferentes, ayudándolos a ganar la licitación o sea cual sea el proceso o método de escogencia del contratista, a cambio de beneficios económicos inmediatos o posteriores dependientes de la realización del objeto contractual de que traten.

De lo anterior se puede concluir que los factores socio jurídicos que facilitan la corrupción en los procesos de contratación estatal en la ciudad de Barranquilla están altamente entrelazados al actuar humano, pues toman como base sus valores, compromisos y contactos con

personas quizá de poderosos o reconocidos grupos políticos o económicos y la permisividad por parte del Estado en relación con la mala utilización de los mecanismos de publicidad que le fueron suministrados al proceso de contratación estatal.

Recomendaciones

En cuanto a normativa interna del proceso de contratación estatal, no existen recomendaciones que deban hacerse, pues tal y como se desarrolló en el cuerpo del trabajo, el régimen jurídico actual del país es bastante completo. Y en lo que a los mecanismos de participación ciudadana concierne, implica un proceso mucho más grande y tedioso la lucha contra la corrupción y el fraude en temas electorales.

No obstante, es importante que se implemente seguimiento por parte de entes externos, al sistema electrónico de contratación pública, a través de la cual se pueda verificar el correcto uso y cumplimiento de los tiempos acordados para las publicaciones de cada acto, tal como van descritos en el pliego de condiciones adjunto a la invitación pública del proceso de contratación que se desea iniciar.

Referencias

Abmann, 2014, 19-38.

Arrieta López, M. (2018). La Aretedemocracia o Virtudemocracia: Un sistema de gobierno calificado contra las deformaciones de la democracia. *Justicia*, 23(34), 539-554.

<https://doi.org/10.17081/just.23.34.3406>

Artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto de Colombia 1.082- 2015.

Colombia compra eficiente, 2012.

Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 2.

Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 40.

Corte Constitucional, Sentencia C-300/2012.

Corte Constitucional, Sentencia C-3711/2012.

Corte constitucional, Sentencia C-499/2015.

Corte constitucional, Sentencia C-711/2012.

Corte constitucional, Sentencia C-713/2009.

Corte constitucional, Sentencia C-887/2002.

Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia.

Corrupción en la contratación pública en Colombia.

Corrupción y delitos contra la administración pública Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública.

Dávila, 2016, 11.

De la Torre, M. (2018). Utilización del sector financiero para el lavado de dinero: perspectiva desde la legislación ecuatoriana. JURÍDICAS CUC, vol. 14, no. 1, pp. 145-166. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.7>

Decreto 4170 de 2011, Art. 3, núm. 8.

Decreto 1068 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

Decreto 1082 de 2015 - Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Efectos económicos de la corrupción en la contratación estatal en Colombia.

García de Enterría y Fernández Tomás- Ramón, 2005, p 79.

García y Revelo, 2010.

<http://indicedetransparencia.org.co/2015-2016/ITM/Alcaldias>

http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/secop/normas_rigen_el_secop.html

La corrupción su historia y sus consecuencias en Colombia.

Ley 1150 de 2007 - Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Ley 1474 de 2011 - por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 80 de 1993 “Estatuto general de contratación de la administración pública”.

Ley 1150, 2007, Art. 5.

Luna, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. *JURÍDICAS CUC*, vol. 14, no. 1, pp. 119-144. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.6>

Matallana, 2013, 82-84.

Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción.

(Morris, 1992)

Ramírez Ramírez, 1995.

Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 8.

Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 9.

Relatoría del Consejo de Estado, p. 7.

Santos, 2016, 448.

Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República de Colombia, 2013.

Zúñiga, J. (2017). De la función económica del cheque, del cheque común al de pago diferido.

JURÍDICAS CUC, vol. 13, no. 1, pp. 183-198. DOI:

<http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.8>