

Corrupción en la contratación estatal: el dilema de los servidores públicos

Daniel Ricardo Gaviria Alzate,

Carlos Daniel Pineda Valencia¹

Resumen

La corrupción desde una perspectiva individual se puede ver como un acto en el cual las personas piensan y actúan diferente a los principios éticos y morales; ya en el derecho público colombiano, corrupción tiene un sentido mucho más amplio, pero siempre girando en torno al poder y al dinero, por eso se hace una exhaustiva investigación de uno de los marcos legales más importantes como es específicamente la contratación estatal, en la cual se realizan los actos de corrupción más atroces y dañinos para la función pública y para la economía del país.

Por lo tanto este escrito se centrara en las causas, sociales, culturales y legales que facilitan que se presente actos de corrupción en la contratación estatal, teniendo en cuenta la influencia de factores tales como, las leyes que regulan el tramite contractual del Estado, los tipos contractuales que se utilizan en esta materia y como se previene y castiga los servidores que se sesgan con el poder político y cometen actos de corrupción debilitando el país social y económicamente.

Palabras Clave: Corrupción, contratación estatal, Estado, servidor público, economía, contratos, tipos contractuales, sanciones, penas.

Abstract

Corruption from an individual perspective, can be seen as an act in which people act and think in a way that breaks ethical and moral values; in Colombian public law, corruption has a much broad meaning, but it's always spinning around power and money, that's why and

¹ Daniel Ricardo Gaviria Alzate, egresado de bachiller de la Institución Educativa Filadelfia, estudiante de Derecho de decimo semestre de la Universidad de Manizales, Caldas, correo electrónico: dgavi31@gmail.com. Carlos Daniel Pineda Valencia, egresado de bachiller de la Institución Educativa Técnica General José Joaquín García, técnico en documentación y registro de datos contables, estudiante de Derecho de decimo semestre de la Universidad de Manizales, Caldas, correo electrónico: carlos.pineda@umanizales.edu.co.

exhaustive and thrill investigation is being developed in one of the most important legal frameworks, more specifically public contract, where the most atrocious and harmful actions of corruption are being made, hurting the country's economy and public function.

Therefore this document is based on cultural, social and legal causes that can lead to acts of corruption in public contract, having into account the influence of factors such as laws that regulate the contractual procedure of the state, contractual types that are being use in this matter and how public servants that get involved in acts of corruption are going to be punished, knowing that this acts harm the country in a social and economic way.

Key words: corruption, public contract, State, public servant, economy, contracts, contractual types, penalties, punishment.

Introducción

El presente trabajo desarrolla un análisis propositivo sobre una problemática recurrente en el país y que penosamente ha reflejado una dinámica casi que a manera de costumbre ya que se ha evidenciado desde hace muchos años atrás, dicha problemática específicamente tiene que ver con la corrupción en los procesos de contratación estatal, teniendo como base las normas que regulan el asunto y analizando que tan frágil es la norma que incita a los servidores públicos en ciertos casos a desviarse de la misma o en otros evadir requisitos tanto de fondo como de forma, permitiendo a los funcionarios públicos apropiarse de beneficios y más específicamente de dineros que no le corresponden, a cargo de los contratos estatales que celebran, y que realmente deberían ir dirigidos al desarrollo de los objetos contractuales, los cuales buscan en el mundo del deber ser un interés común y beneficiar a la sociedad.

Asimismo se analizará de manera concreta los tipos de contratos más vulnerables normativamente, que de igual modo permite a los servidores públicos, amañar los mismos a su beneficio y que de cierta forma le otorgan libertad a la hora de hacer todo el tramite contractual que se divide por etapas, y de esta manera comprobar que estructura contractual específica es la que utiliza el funcionario encargado de celebrar dicha relación jurídica para apropiarse de ciertos

beneficios que realmente no le correspondería. A su vez se pretende mostrar la laxitud de las normas sancionatorias tanto disciplinarias como penales, que hacen que las personas que se encuentran en cargos estatales no teman a cometer este tipo de conductas que de un modo u otro se encuentran sancionados en la legislación colombiana ya que al no presentarse una rigurosidad en la sanción, el funcionario no va a pensar la consecuencia que esta pueda acarrear y cometerá la infracción.

El presente proyecto surge de la necesidad de proponer una solución a una problemática tan evidente en el país, en el cual casi a diario salen a la luz casos de corrupción, tanto en el nivel más bajo como en el más alto según la estructura por la cual se conforma el Estado colombiano, además este proyecto de investigación surge como iniciativa para ahondar en el tema, debido a la formación profesional que los suscritos han estado realizando, en donde se han aprendido los alcances que pueden tener las leyes y los requisitos que deben cumplir los servidores públicos que son los encargados de encaminar y direccionar el Estado, los cuales según la Constitución Nacional deben cumplir ciertos fines que se establecen como esenciales y al analizar la realidad política y social no se han cumplido por sobreponer intereses netamente particulares sobre el interés general.

Ahora bien este proyecto presenta innovación, toda vez que aunque el tema en cuestión ya se haya tratado en reiteradas ocasiones, no se le ha dado el enfoque que se le pretende dar en este trabajo de investigación, ya que los ponentes pretenden en este evidenciar la fragilidad de la normatividad colombiana que rodea todo el campo de la corrupción en especial la contratación estatal, la cual es uno de los principales medios de salida o mejor dicho de desarrollo del presupuesto estatal, que debería ser encaminado al mejoramiento íntegro de la sociedad, además se adecua a las respuestas que el País como ente moral necesita ya que tiende a mostrar yerros que se cometen en el día a día del progreso colombiano, y que si se estudia de forma dedicada y juiciosa se encontrara que servirá a los servidores públicos a mejorar como personas y más aún como funcionarios del Estado, para que en el ejercicio de sus funciones realicen las actividades de una manera tan profesional que en sus resultados solo se pueda observar mejoría del órgano estatal, que no solo permee el índole institucional sino también el ámbito social, que debe ser el objetivo general de todos los gobiernos.

Por otra parte el presente escrito podrá generar un gran impacto ya que permitirá evidenciar como ya se ha venido diciendo en cuales aspectos son los que realmente está fallando la norma, permitiendo a la gente del común conocer de un tema que si se analiza a fondo debe importar a todos, toda vez que es mediante el proceso de contratación que el Estado ejecuta el presupuesto, el cual no sería posible obtener sin el aporte que hacen todos los ciudadanos con los impuestos. De igual modo permitirá abrir los ojos a la comunidad para que puedan exigir un proceso contractual transparente en el cual se cumpla con los fines contractuales y más específicamente con los fines esenciales del Estado, que en general propenden al bienestar general no el particular de algunos servidores públicos. Asimismo ese proyecto será de gran ayuda para los profesionales del derecho para que en su vida laboral no se vean inmiscuidos en temas tan bochornosos y escandalosos como lo es la corrupción, sino por el contrario que desarrollen su carrera de una manera que sean un ejemplo a seguir para los demás.

Planteamiento del problema

Como punto de partida para el desarrollo del presente capítulo del escrito, se da a conocer lo atinente al estado del arte o antecedentes investigativos, que desde el contexto internacional y nacional, se han realizado en temas alusivos a la corrupción estatal, así las cosas, se tiene que:

Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción en la Contratación Pública en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C.

En este trabajo el autor hace una revisión bibliográfica sobre el fenómeno de la corrupción desde lo histórico, normativo, sus causas, sus consecuencias, el impacto económico, social y político, en donde analiza la influencia del desvío de recursos públicos y el desorden que este causa (Serrano, 2014, p. 3); a su vez determina la poca supervisión de los organismos de control, los cuales no utilizan todos los elementos que la ley otorga para desarrollar un efectivo proceso de vigilancia y control. El autor de este trabajo plantea como problemática principal el permeamiento que tiene la corrupción en todos los niveles estatales, y como esta hace degenerar el desarrollo inversionista que se pueda presentar en el país.

Esta investigación deja como conclusión que los vacíos en el sistema sancionatorio, bien por su inexistencia o bien por las dilaciones que lo hacen poco visible, poco ejemplarizante y

poco transformador, no permiten un proceso idóneo y transparente en la contratación pública del Estado.

Para el presente proyecto este trabajo en referencia sirve de base para verificar estadísticamente como influencia la corrupción en Colombia.

Martínez Cárdenas, E; Ramírez Mora, J. (2006). *La Corrupción en la Contratación Estatal en colombiana una aproximación desde el neo institucionalismo*. En: Reflexión Política. Bucaramanga. Colombia. ISSN: 0124-0781.

En este texto los autores exponen la corrupción como un problema que afecta los sistemas políticos, económicos y sociales; además se genera una discusión en la cual se busca analizar el fenómeno de la corrupción desde el punto de vista neo institucional, a su vez los autores determinan el origen de la corrupción analizando los factores que llevan a su desarrollo, de esta manera estipulan los efectos que se generan sobre los precios y servicios contratados con el Estado.

Así mismo se plantean puntos importantes en los cuales tienden a determinar las consecuencias de la corrupción; como los altos costos que genera en todos los sistemas que conforman el país y el déficit que genera en la economía como tal.

Por último a partir de todo lo desarrollado concluyen los autores que “los sobornos, como práctica corrupta, se constituyen en un costo que distorsiona la actividad económica al alterar el nivel de los precios, al afectar el crecimiento económico, al contribuir a las ineficiencias administrativas o al impedir la redistribución de los recursos” (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2006, p. 149). Todo esto tendiente a erradicar la corrupción de la contratación pública enfocada desde los códigos de buena conducta y la buena práctica de la licitación.

Se concluye determinando la importancia de dicho texto como soporte temático, ya que permite analizar y establecer los altos costos económicos que genera las malas prácticas de los contratos estatales por parte de los servidores públicos y así poder formular distintas soluciones integrales para contrarrestar la corrupción.

Martínez Cárdenas, E.; Ramírez Mora, J. (2005). *La corrupción y los costos, una mirada de la contratación estatal colombiana*. En: Cuadernos de Administración. No 33. Universidad del Valle. Colombia.

Los autores mencionados en el anterior referente bibliográfico han trabajado en varias ocasiones el tema de la corrupción en la contratación estatal, con el trabajo en mención lo que pretenden es:

“mostrar como el fenómeno de la corrupción distorsiona los precios de los bienes y servicios demandados y ofrecidos por el Estado, arrojando consecuencias desfavorables en el funcionamiento económico de un país; además se hace un acercamiento desde el pensamiento neo institucional con el fin de incorporar dicho fenómeno como un costo de transacción en los procesos de contratación ex ante y ex post.” (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2005, p. 39).

De igual manera los autores en este texto hacen un paralelo en donde analizan dos puntos de vista; en el primero dan a conocer los autores o personas que menciona que la corrupción tiene cierto beneficio en la economía, y en el segundo por el contrario estudian las ideas y autores que determinan que la corrupción es factor que causa detrimento a la economía.

Es importante resaltar de estos autores que el tema en cuestión debe ser analizado desde varios aspectos desde el conocimiento con el fin de poder explicar ampliamente este fenómeno y todo lo que lo caracteriza (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2005, p. 43).

Por último los autores plantean varias soluciones respecto al tema en donde se encuentra la rigurosidad de la ley, la supresión de ciertos tramites que le den menos posibilidad al servidor público de tener contacto con el presupuesto, y a su vez mas publicidad con respecto al tema de la contratación en donde los medios de comunicación jueguen un papel fundamental.

Es importante manifestar que este documento es de gran ayuda para la elaboración del presente escrito ya que brinda conceptos claros sobre temas tan específicos como la corrupción y la contratación pública, asimismo amplia la visión institucionalista que tiene el estado evidenciado como este fenómeno genera costos adicionales a contratación, los cuales según la ley no tienen un rubro ni objetivo específico que beneficie la comunidad en general.

Ruiz, J. (2013) *Efectos económicos de la corrupción en la contratación estatal en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C.

En este documento se establece la corrupción como un flagelo, el cual se presenta no solo en Colombia, sino también en el ámbito internacional; presente en todos los espacios contractuales, desde la destinación de los recursos públicos, la licitación de los contratos y la administración de los mismos. Estas malas prácticas generan problemas en la economía, ocasionando que los sectores de la salud, la educación, infraestructura y más, vayan cada día más en decadencia, obteniendo como último fin la pobreza de una sociedad.

Por tal motivo es de vital importancia hacer un análisis crítico-social desde lo histórico y lo normativo, y así poder crear las soluciones aplicables al problema, como la norma siendo utilizada como un instrumento eficaz de control fiscal, modificar la forma de licitación de los contratos públicos y penalizar más fuerte a los servidores públicos que incurran en este delito.

Es de relevancia para la realización del presente proyecto toda vez que permite generar una visión crítica-analítica sobre la realidad social y los problemas desde lo económico que genera la presencia de la corrupción, ayudando a los suscritos a tener puntos de vista amplios sobre las falencias normativas que existen en la legislación Colombiana.

Malaret, E. (2016). *El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia*. En: Revista digital de derecho administrativo. No 15. España. ISSN: 2145-2946.

El texto citado centra su problemática en la mala administración del Estado, especialmente en la destinación efectiva de los recursos públicos en cuanto a la contratación estatal se refiere, de igual manera la autora desea generar un debate acerca de la necesidad de reformar la ley todo con el fin de incrementar la calidad del proceso decisorio de la contratación pública (Malaret, 2016, p. 28). Asimismo la autora de este escrito analiza y estudia los cambios históricos y territoriales que ha tenido el derecho administrativo en especial la contratación estatal, centrándose en el desarrollo que debe tener y la diferencia que sucinta entre el derecho administrativo y el derecho ordinario.

Además una de las problemáticas que quiere hacer evidenciar el texto es como ya se mencionó las malas prácticas y la corrupción en la contratación pública centrada:

“en unos aspectos muy puntuales: i) la necesidad de acotar y delimitar las condiciones que posibilitan la adjudicación directa – y mejorar su control–, ii) evitar la adjudicación

mediante pliegos hechos a medida para uno de los candidatos y, como ya hemos indicado reiteradamente, iii) la modificación de los contratos” (Malaret, 2016, p.37).

Para el proyecto en desarrollo el texto citado permite hacer un paralelo entre el derecho administrativo español y el derecho administrativo colombiano, evidenciando que la corrupción es un fenómeno que se presenta a nivel internacional y de maneras similares, ya que las leyes que regulan el tema son creadas de manera muy técnica, permitiendo a los servidores públicos destinar los recursos del Estado a objetos diferentes de los que los contratos públicos realmente plantean.

Una vez expuestos los estudios propios del estado del arte, se hace referencia a la descripción del problema del siguiente proyecto.

Desde el principio de la humanidad se han presentado conductas naturalmente egoístas, ya que las personas, aunque se relacionen para buscar beneficios comunes; desde una perspectiva individual buscan tener un mayor provecho de las situaciones para sí, sin importar los efectos sociales que genere dicha conducta.

Haciendo un rastreo histórico se puede evidenciar que hasta en los inicios del hombre como lo plantea la religión católica, existieron actos en los cuales se sobrepusieron intereses particulares como es el caso que “dándoselas de Viceministro, la serpiente del paraíso extorsionó a Eva con la fruta prohibida” (Gossaín, 2017). Pero no llevando el asunto a temas míticos ni tan antiguos, sino delimitándolo a lo que el proyecto busca y quiere hacer ver, es menester remontarse a la historia netamente colombiana en donde se puede afirmar que las personas que han habitado esta tierra a lo largo del tiempo no han sido ajenas a dejarse llevar por sus instintos naturales, específicamente el egoísmo, cayendo estos en lo que actualmente se conoce como corrupción; la cual afecta todos los sistemas que conforman el país, especialmente la economía, y al perturbarse este se alteran otros como el ámbito político, cultural y social, degenerando la sociedad como tal.

Además, la sociedad colombiana tiene una característica especial en donde las personas tienden a ser altamente competitivas partiendo desde dos puntos de vista, dicha competencia es sana y nutre la sociedad desde todos los ámbitos, generando un desarrollo sostenible por denominarlo de alguna manera; y otra competencia “mala” en donde las personas quieren

sobreponerse a las demás sin importancia de la vulneración que se haga de los derechos de las demás personas, hasta llegar a pisotearse la dignidad; en este punto se puede deducir que los dirigentes del Estado son personas comunes y corrientes, que fácilmente pueden inmiscuirse en este tipo de conductas por el poder político y económico que la sociedad y la legislación colombiana les otorga, y siendo ellos los que dirigen el país generan un impacto mayor a la estructura íntegra del Estado, toda vez que son los encargados de direccionar las políticas públicas que se establezcan para el desarrollo del país.

En el desarrollo de las mencionadas políticas públicas, se identifica una figura jurídica esencial para que el Estado pueda ejecutar de manera expedita su presupuesto, esto con el fin de generar un bien común y un mejor país, esta se define como contratación estatal, la cual es un proceso sistemático y mediante esta los servidores públicos, sometidos por unos parámetros legales desarrollen el presupuesto anteriormente mencionado, es aquí, donde se materializa en muchas ocasiones lo que se ha venido hablando respecto a los actos egoístas de las personas, ya que en los procesos contractuales públicos se manejan elevadas cantidades de dinero, seduciendo de cierto modo a los servidores públicos para que infrinjan la ley y tomen para sí beneficios que son destinados para el pueblo.

Empero, no todo el dinero que se pierde en los procesos contractuales, se destina para algún beneficio personal o de terceros, sino, que este se mal gasta dado que los servidores públicos encargados para contratar muchas veces evaden requisitos legales por desconocimiento de la misma ley, ya sea por falta de preparación o porque son inducidos al yerro por otras personas; otro factor que influye en el mal manejo del dinero en la contratación es la falta de capacidad y conocimiento profesional de las personas con las cuales el Estado realiza contratos; lo anterior, trae como consecuencia un detrimento a la economía del país ya que los contratos que se realizan, no logran los fines acordados desde su inicio y por lo tanto no se logra el objeto del mismo. A su vez en un país como Colombia en donde se ve de primera mano el tema de la “politiquería” se presenta comúnmente que los gobernantes por cumplir con alguna cuota política nombren funcionarios que tal vez no sean los idóneos para el cargo ya sea por su preparación profesional o por su experiencia laboral, y ya allí estas personas por no saber la ley y sus requisitos en determinado tema terminan evadiéndolos ya sea por acción o por omisión, creando de este modo situaciones que son contrarias a la normatividad colombiana.

Después de haber hecho una descripción general del problema, se cuestionan todos los factores que influyen para que exista actos de mala conducta como lo es la corrupción, ya que habiendo leyes que regulan de manera clara y sucinta la contratación estatal, se sigue presentando la posibilidad a los servidores públicos para que evadan de manera directa la ley e incumplan los fines esenciales del Estado, y por el contrario satisfagan con dineros que son para el desarrollo del común, intereses netamente particulares, presentándose de este modo una fragilidad normatividad que permite cierta libertad al funcionario para beneficiarse de los procesos de contratación.

Es por todo lo anterior que surge la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la fragilidad de la norma jurídica que incide para que los servidores públicos colombianos infrinjan los requisitos legales en los procesos de contratación estatal y se facilite la corrupción?

Los objetivos previstos para el presente estudio se tiene: Objetivo General. Identificar las fragilidades en la legislación colombiana en materia de contratación estatal, que determinan factores de riesgo para que se presenten casos de corrupción por parte de servidores públicos.

Entre los específicos, se tiene:

Determinar las normas que regulan la contratación estatal y que más favorecen la posibilidad de que exista corrupción en Colombia.

Identificar tipos de contratos públicos de la legislación colombiana en los que se evidencia mayor desacato de requisitos legales y facilitan la corrupción.

Establecer las falencias de las sanciones disciplinarias y penales en la legislación colombiana que contribuyen a que se presenten casos de corrupción en la contratación estatal.

Fundamentación teórica y metodológica

Como referentes teóricos se debe tener en cuenta que el problema central de esta investigación se basa en actos delictivos que ocasionan conflictos en todo el país, por esta razón es pertinente plasmar ciertos conceptos generales y jurídicos que sirvan para entender e interpretar de una mejor manera este escrito.

El primer concepto que se define es la corrupción, entendida como un acto donde las personas se corrompen y corrompen a los demás, contraviniendo la ley y los códigos de una buena conducta. En cuanto al Derecho administrativo colombiano, se define también como “la apropiación privada (indebida) de un bien público”, como lo menciona Martínez y Ramírez citando a Gómez (1993); es decir, cuando un servidor público interpone sus intereses personales por encima de los intereses generales de la sociedad, esto causando un sin número de problemas, los cuales Bejarano determina de la siguiente forma: “La corrupción genera entre otros efectos, la deslegitimación del estado, y de la organización política, afecta la eficacia empresarial, hace ineficiente la asignación de recursos públicos y privados y distorsiona las políticas públicas” (Martínez y Ramírez citando a Bejarano, 1996, p. 84).

De acuerdo a lo anterior se infiere que al llegar a un cargo público, éste no se ejerce con la ética y la moral pertinente para prestar el adecuado servicio, que en esencia las entidades públicas, en representación de sus funcionarios, son medios para suministrar servicios óptimos que el Estado debe brindar a las personas respetando y promoviendo sus derechos, evitando el deterioro de toda la estructura estatal. Lo malo, radica cuando esta prestación se vicia de malas conductas que constituyen actos corruptivos tales como el soborno, el tráfico de influencias, peculado, abuso de funciones, entre otras, las cuales se tratarán en el marco legal del documento.

En esta investigación sobre la corrupción y apoyado en lo anterior se determina que muchos de estos actos se materializan por medio de la figura contractual, por ende es de suma importancia definir que es un contrato, sin observar si es de índole público o privado en donde se tiene que aquel es un pacto o acuerdo de voluntades, celebrado de manera oral o escrita, entre dos partes, y que entienda una serie de derechos y obligaciones para ambos extremos contractuales, relacionados con el tema o asunto del contrato; pero para el presente proyecto es esencial definir que es el derecho público el cual está compuesto por el conjunto de normas jurídicas que regulan la relación de las personas frente al órgano superior el Estado, así como las actuaciones de los Estados como entidades soberanas en sí; es decir, cuando existen relaciones entre los particulares con el Estado, pero considerando éste con su potestad soberana, o bien de Estado a Estado; así las cosas en este derecho se encuentran otras ramas como son el derecho penal, derecho disciplinario, derecho constitucional, derecho internacional público, derecho procesal, y el más relevante para el presente escrito el derecho administrativo, el cual

“comprende los principios que rigen las organizaciones y funcionamiento de la administración” (Rodríguez. 2008, p. 5), siendo de gran importancia los principios toda vez que son la base que sirven de faro para el desarrollo de un óptimo ejercicio del derecho; asimismo el derecho administrativo tiene como objeto de estudio, todas las organizaciones e instituciones que comprenden en su totalidad el Estado en todos sus niveles. Por otro lado, el derecho administrativo comprende como lo menciona Rodríguez “los órganos y procedimiento jurisdiccionales existentes para resolver los litigios a que dé lugar la aplicación del derecho administrativo” (2008, p. 6), esto es se establecen todas las reglas para cuando se presente un conflicto entre un particular y el Estado o entre entidades del Estado; delimitando el Juez natural y los procedimientos correspondientes.

Pero para entender el derecho administrativo es necesario dilucidar la palabra administración que según Rodríguez (2008, p. 17) debe ser entendida desde dos sentidos, uno material o funcional que se refiere a la actividad de direccionar una entidad estatal, y el sentido orgánico el cual hace referencia a los órganos o personas que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa.

Ahora bien, para el tema en concreto es netamente necesario definir que es un contrato en el ámbito público, en donde se puede encontrar como contratos administrativos o contratos estatales, en donde se tienen que

“son aquellos celebrados por la administración pública, con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, puedan afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración en una situación de subordinación jurídica” (Ramírez G citando a Bercaitz, 1990, p. 42).

Por otra parte ciñéndose al panorama colombiano es importante resaltar que en este tema se deben tener en cuenta varios criterios en los que se deben enmarcar el contrato estatal estos son: el criterio subjetivo, criterio del servicio público, criterio legal de derecho público, criterio de cláusulas exorbitantes y criterio de los procedimientos de selección de contratistas, como lo afirma Franco Solarte y Alejandro Sánchez en su libro “Análisis de la reforma a la contratación estatal y otros temas”. En este documento los autores definen cada criterio en donde se tiene que

el subjetivo es el aquel en donde interviene una entidad pública, y por ende dicho contrato lo conoce la jurisdicción administrativa, pero mencionan además Solarte y Sánchez (2007, p. 10) que dicho aspecto no es el único que debe ser tenido en cuenta para que un contrato sea administrativo.

El criterio del servicio público es aquel en donde se determina que el contrato es estatal si el objeto del mismo o la finalidad de este tiende a prestar un servicio público, situación que plantean Solarte y Sánchez (2007, p. 11), esto es beneficiar de manera directa la comunidad, para que de cierto modo se puedan materializar los fines esenciales del Estado, los cuales a modo groso tienden por el interés general sobre el particular.

El criterio legal de derecho público establece que “el contrato es administrativo si la ley así lo establece, sin consideración a su naturaleza, señala su régimen jurídico y lo somete a la jurisdicción de lo contencioso administrativa” (Solarte, F. Sánchez, A. 2007, p. 11, 12), en este criterio se podría decir que si la ley en su articulado menciona que cierto contrato es estatal o administrativo así va a ser.

El criterio de las cláusulas exorbitantes es el que dice que “el contrato es administrativo si contiene cláusulas exorbitantes al derecho común, en particular y de manera esencial, la caducidad, las cuales surgen de pleno derecho y con soporte constitucional, cuando se trata de satisfacer servicios públicos” (Solarte, F. Sánchez, A. 2007, p.12). Como último criterio establecen Solarte y Sánchez (2007, p. 12, 13) los procedimientos de selección del contratista en donde se quiere hacer saber que las formas en que el estado se relaciona ya sea consigo mismo o con los particulares tiene un conducto legal previamente establecido el cual es más riguroso si se quiere decir de cierto que el régimen privado. Ahora bien Rodríguez (2008, p. 414) establece otro criterio que denomina como jurisprudencial, en donde se tiene como contrato estatal los que la jurisprudencia establezca como tal.

Por otro lado, se debe mencionar las modalidades de selección contractuales existentes en la normatividad colombiana dentro de las cuales se encuentra la licitación pública que es un “procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas las más favorable” (Rodríguez 2008, p. 452). La selección abreviada que es un tipo de contratación que se utiliza en casos muy específicos, en donde se analiza las circunstancias de la

contratación, la cuantía, la obra o servicio, y se puedan adelantar procesos simplificados en el trámite contractual como lo menciona Rodríguez (2008, p. 457). Además se tiene el concurso de méritos, el cual como su nombre lo dice es un concurso en el que se califica a los aspirantes de manera objetiva según al cargo o proyecto al que aspiran; también se encuentra la contratación directa la cual “consiste en que la entidad pública escoge con mayor discrecionalidad a su contratista, sin necesidad de licitación, selección abreviada o concurso de méritos” (Rodríguez 2008, p. 459), es importante acotar que esta figura es excepcional y que la ley establece en qué casos se puede presentar este tipo de contratación; por último esta la mínima cuantía es un proceso que se determina a través del monto del presupuesto de la entidad correspondiente al 10% de la menor cuantía es un monto que se establece con respecto al presupuesto de cada entidad.

Ahora bien como el proyecto de investigación se basa en los servidores públicos es importante mencionar que la misma constitución crea una diferenciación de estos, dividiéndolos en empleados públicos y trabajadores oficiales, en donde los primeros son aquellos que son vinculados al estado mediante un acto administrativo, las funciones que estos desarrollan están previamente definidas en la ley y son actividades propias del Estado, es decir desarrollan la función pública; por su parte el trabajador oficial se vincula al estado mediante contrato de trabajo por ende su regulación va de la mano con la jurisdicción ordinaria laboral, y sus funciones son aquellas que pudiesen realizar los particulares normalmente.

Otro concepto de suma importancia es el de régimen disciplinario, el cual crea un Estado por medio de la ley como un medio coercitivo de comportamientos. El estado Colombiano cuenta con un régimen disciplinario, el cual tiene todo tipo de relación con las conductas tanto dolosas como culposas, en todo lo concerniente con los actos administrativos por parte de los funcionarios públicos; el concepto como tal se define como los parámetros que interpone la ley, tanto deberes como obligaciones, para mantener regulado el ejercicio de los servidores públicos en los actos administrativos, sosteniendo también las sanciones correspondientes si se llegare a faltar a alguna de estas estipulaciones legales.

Cuando se habla de sanción se entiende específicamente como una pena que se interpone a una persona por haber infringido las leyes de su territorio, buscando posteriormente una corrección evitando que vuelva a cometer la conducta; en Colombia, se podría decir que dichas

sanciones en el régimen disciplinario administrativo, no solo tienen un fin sancionador, sino también, un fin preventivo, es decir, leyes que eviten que algún servidor público caiga o recaiga en malas conductas que afecten las políticas públicas.

Por otro lado existen órganos de control público, los cuales están encargados de controlar el estado financiero, la forma de gestión y los resultados que arrojen las entidades que manejen bienes del Estado. En Colombia estos órganos de Control se crean con la Constitución Política de 1991, los cuales por medio del régimen disciplinario administrativo regulan y vigilan toda acción pública, encargándose también de sancionar a los funcionarios públicos que comentan los delitos que en dicho régimen se estipulen.

Dentro del marco legal se tiene que en la Constitución Política de Colombia se establecen los pilares centrales de todo el estado como:

“Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

“Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

“Título X: De Los Organismos De Control”.

Además es de relevancia poner en mención la ley 80 de octubre 28 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, toda vez que allí se marcan las pautas que deben seguir los funcionarios públicos a la hora de celebrar contratos,

como los requisitos para contratar, principios de la contratación, entre otras definiciones del tema.

En el tema de contratación estatal se tiene otra ley de gran importancia que es la ley 1150 de Julio 16 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.” Esta ley trae tópicos más actualizados, tratando de permear el sistema de principios que permitan dar celeridad y transparencia a los procesos de contratación.

Ahora bien, con respecto al tema de investigación en el que se centra el presente proyecto es menester recalcar el Estatuto Anticorrupción consagrado en la ley 1474 de Julio 12 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.”, allí se marca un derrotero para evitar en todo Estado colombiano los temas de corrupción que tanto daño le causan a la estructura íntegra de todo el país.

De igual manera se debe señalar el Decreto 1082 de Julio 17 de 2013 "por Medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional", en el título 1 parte 2 del libro 2, se establecen las reglamentaciones de la contratación estatal, allí se impulsan las políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública tenga resultados positivos, siendo de gran importancia para el presente trabajo toda vez que se establecen lineamientos para desarrollar el trámite contractual, recopilando de igual manera otros decretos expedidos por la presidencia, tal como el Decreto 1510 del 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

Es de suma importancia citar también el Código Penal Colombiano, ya que en el mismo está contenido todas las sanciones y penas que se le aplicarán a los servidores públicos que caigan en actos corruptivos, para empezar se va a determinar los delitos contra la administración pública, tales como el peculado, el cual está contenido en el Título XV, capítulo primero; el peculado se define como el acto donde el servidor público se apropia de los bienes del Estado a favor suyo o a favor de un tercero con razón o con ocasión de sus funciones.

Otro delito contra la administración pública según el Código Penal Colombiano es el de la Concusión, contenido en el Título XV, capítulo segundo, y se presenta cuando un servidor

público bajo sus funciones administrativas constriña o induzca a alguien a dar dinero o alguna utilidad a su persona o a favor de un tercero para obtener un beneficio personal.

También existe un delito, tal vez uno de los más comunes dentro de los servidores públicos, el cual está contenido en el Título XV, capítulo tercero, del Código Penal Colombiano y define el cohecho como la acción del servidor público, el de recibir dinero u otra utilidad a favor de sí o de un tercero, para realizar o para omitir un acto administrativo.

En el código Penal Colombiano se encuentra una parte muy importante para el presente escrito, puesto que en el Título XV, capítulo cuarto, se encuentra contenido todos los delitos contenidos dentro de una indebida celebración de los contratos públicos, que en pocas palabras se podría definir como la intervención respecto a la tramitación, aprobación, o celebración de un contrato contrario a las estipulaciones legales.

Un problema muy común entre la administración pública colombiana, que constituye delito es el contenido en el Título XV, capítulo quinto del Código Penal colombiano, el cual sostiene el tráfico de influencias de un servidor público, y determina que este delito se presenta cuando un funcionario utiliza indebidamente las influencias derivadas del ejercicio su cargo para beneficio propio o a favor de un tercero.

Como resultado de los actos de corrupción, los involucrados reciben un incremento considerable en su patrimonio, pues el Código Penal Colombiano en el Título XV, capítulo sexto, también lo constituye como delito “Enriquecimiento ilícito”, y expone que el funcionario Público o quien lo haya sido, durante la vinculación o después de esta haya presentado un incremento patrimonial sin justificación alguna.

Por último respecto a las sanciones que interpone el Código Penal Colombiano se encuentra un delito contenido en el Título XV, capítulo séptimo, se define como prevaricato y es la acción de todo servidor público al proferir resolución, dictamen o concepto contrario a las estipulaciones legales.

Por otro lado se encuentra el régimen disciplinario de Colombia conformado por la Ley 734 de 2002; en el Título II Capítulo primero, el cual expone los delitos de la Función Pública y las faltas disciplinarias, promoviendo códigos de buena conducta por parte del servidor, derechos, deberes y sanciones por las acciones realizadas. En el Capítulo segundo de la misma

ley, se determina el ámbito de aplicación, dentro del territorio nacional como fuera del mismo. Los sujetos disciplinables, es decir las personas sobre las cuales recae las sanciones por las faltas, se encuentra contenido en el capítulo tercero de esta ley. Por último en el capítulo cuarto y quinto están plasmadas las conductas y la forma de realización de las mismas, y también la exclusión de responsabilidad disciplinaria que la ley estipula cuando haya lugar a su aplicabilidad. En el Título IV se establecen los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades, impedimentos inhabilidades, y conflicto de intereses en los que se pueda ver inmiscuidos un servidor público. En el Título V se determinan las faltas y sanciones las cuales son gravísimas, graves, y leves y se determina por el grado de culpabilidad, la naturaleza y perturbación del servicio, entre otras contenidas en el Artículo 43 de la misma Ley. La parte más importante para los autores, se encuentra en el Libro II, ya que se describe las faltas disciplinarias en particular, categorizando las conductas en tres niveles, gravísimas, graves y leves.

Respecto al tipo de investigación del presente proyecto se determina que el mismo se desarrolla bajo un tipo cualitativo, en el cual se “utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 7), en este tipo de investigación se debe profundizar en los temas, que para el caso específico se refiere a la corrupción en la contratación estatal por parte de los servidores públicos, teniéndose que enfatizar y ahondar en ciertos conceptos que sirvan de luz para desarrollar todo el proyecto, además el enfoque cualitativo le permite al investigador “desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 7), ahora bien el enfoque” cualitativo se selecciona cuando el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 356), “por otro lado Los planteamientos cualitativos son una especie de plan de exploración (entendimiento emergente) y resultan apropiados cuando el investigador se interesa en el significado de las experiencias y los valores humanos, el punto de vista interno e individual de las personas y el ambiente natural en que ocurre el fenómeno estudiado, así como cuando se busca una perspectiva cercana de los participantes” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 364)

También se desarrolla por un método inductivo, el cual se caracteriza por obtener conclusiones generales a partir de premisas particulares; ajustándose al presente proyecto toda vez que se logra observar la existencia de ciertos patrones de comportamiento por parte de los servidores públicos, encaminados a cometer actos ilícitos, quebrantando y deslegitimando el marco normativo, esto por medio de los procesos contractuales que desarrolla el Estado para ejecutar su presupuesto; por otro las “acciones para elegir la muestra ocurren desde el planteamiento mismo y cuando seleccionamos el contexto, en el cual esperamos encontrar los casos que nos interesan. En las investigaciones cualitativas nos preguntamos qué casos nos interesan inicialmente y dónde podemos encontrarlos.”, es por esto que se determina el método inductivo, ya que se toma una muestra, es decir, una acción que realizan los servidores públicos, para el caso en concreto la corrupción en la contratación estatal, se analiza donde se puede encontrar lo que se desee buscar para poder llegar a una conclusión general del asunto investigado

A su vez se desarrolla bajo un enfoque descriptivo el cual “busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 91), evidenciándose en este proyecto al momento de plasmarse la corrupción como un grave problema gubernamental, también menciona Sampieri en su libro Metodología de la Investigación que

“con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas”. (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 92).

Es importante también mencionar que en los estudios descriptivos “son útiles para mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto o situación.” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 92).

Esta investigación cuenta también con un enfoque explicativo en la cual se “Pretenden establecer las causas de los sucesos o fenómenos que se estudian” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 95), en el caso en concreto se logra determinar las acciones contractuales que

más utilizan los servidores públicos para evadir requisitos legales, y cómo influye la normatividad colombiana en cuanto a prevención y sanción de los actos de corrupción. Empero es menester mencionar que

“los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables en este tipo de enfoque”. (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 95)

Ajustándose en gran medida al presente escrito toda vez que lo que se busca en este además de describir un fenómeno que para el caso en concreto es la corrupción, es ahondar en los temas o asuntos que hacen que se presente este fenómeno que en la sociedad colombiana se evidencia en gran magnitud.

Por otro lado la unidad de análisis se establece en la fragilidad de la norma jurídica que suscita actos de corrupción en los servidores públicos; ya que “la unidad de análisis indica quiénes van a ser medidos, es decir, los participantes o casos a quienes en última instancia vamos a aplicar el instrumento de medición.” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 183), para el caso en concreto como se estableció, se delimita a ciertos actos que pudiesen cometer los servidores públicos en uso de sus funciones y que pudiese desencadenar en la corrupción.

La información base del presente estudio se recolectó bajo la técnica de revisión de documentos, los cuales se componen de historia sobre el fenómeno de la corrupción, los problemas sociales que ocasiona y la normatividad creada para regular las acciones contractuales de los servidores públicos. Ahora bien esta técnica de recolección de información como afirma Sampieri

“implica detectar, consultar y obtener la bibliografía (referencias) y otros materiales que sean útiles para los propósitos del estudio, de donde se tiene que extraer y recopilar la información relevante y necesaria para enmarcar nuestro problema de investigación. Esta revisión debe ser selectiva, puesto que cada año se publican en el mundo miles de artículos

en revistas académicas y periódicos, libros y otras clases de materiales sobre las diferentes áreas del conocimiento.”

Resultados

En el siguiente capítulo se dará cuenta de los análisis interpretativos referidos a los objetivos específicos previstos en el presente estudio, así:

Normas que regulan la contratación estatal y que más favorecen la posibilidad de que exista corrupción en Colombia.

Para el desarrollo de este tópico es necesario mencionar la ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, toda vez que tiene como objeto principal reglar y poner principios que rijan los procesos contractuales de las entidades estatales; por lo tanto, en la misma se definen conceptos como el de entidad estatal, servidor público y servicios públicos, además se expone la capacidad que debe poseer una persona para contratar con el Estado, describiendo algunas formas de realizar la misma, tanto las inhabilidades e incompatibilidades que se puedan presentar en los procesos contractuales, ya que si se presenta alguna de las anteriormente mencionadas, la misma ley da lugar a que se interponga multas y sanciones para los interviniente en determinado contrato.

Por otro lado establece los tipos de contratos que se pueden realizar por parte de las entidades estatales bajo el desarrollo de las funciones de los servidores públicos capaces según la ley para contratar, por ende es que se establece la responsabilidad y el grado de la misma, en caso tal de que se presente una anomalía contractual que atente contra la normatividad; a su vez se estipulan los controles respectivos para la gestión contractual y posibles soluciones en caso de presentarse conflictos contractuales.

Después de la creación de la mencionada ley y de un nuevo estudio de la misma, se determinan varios vacíos normativos los cuales ocasionan ciertos problemas en el ejercicio

contractual, por lo tanto se crea la necesidad de que el legislador realice cambios y modificaciones normativas, en pro de mejorar la estructura funcional del Estado, por lo anterior se hace referencia a la ley 1150 del 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”, además los decretos 1510 del 2013 y 1082 del 2015, en donde el gobierno reglamente y complementa la normatividad existente, brindando pautas más amplias para el efectivo desarrollo de los procesos contractuales, siendo de gran ayuda para evitar casos de corrupción en este campo que es por donde el Estado ejecuta en mayor parte su presupuesto.

Empero, haciéndose un análisis más riguroso del asunto y de la normatividad se pueden apreciar artículos como el 12 de la ley 80 del 93 y el 21 de la ley 1150 del 2007 en donde se establece la posibilidad que tienen los jefes y los representantes legales de las entidades para delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos; pudiéndose presentar en este punto la posibilidad de que el servidor público delegado para desarrollar la respectiva función, en este caso la del desarrollo contractual, no tenga las capacidades ya sea profesionales, porque su estudio no es el adecuado para el ejercicio de este punto, debiéndose tener en cuenta aquí el decreto 1083 del 2015 que establece los requisitos para ejercer en la función pública, tales como el estudio y la experiencia, entre otros; siendo de vital importancia para poder desarrollarse un adecuado ejercicio de la respectiva función encargada. Al cumplirse lo anteriormente mencionado se puede presentar evasión de requisitos legales por ignorancia de la ley; también se puede presentar que el servidor no tenga la experiencia necesaria para el asunto presentándose la hipótesis anteriormente mencionada. Puede suceder además que el servidor si sepa la normatividad respectiva, pero por negligencia o avaricia amañe el proceso contractual a su favor, brindando la posibilidad de tomar beneficios públicos para su interés particular; y teniendo en cuenta que la misma normatividad no exonera al jefe o representante legal de la responsabilidad que pudiese acarrear dicho acto ofrece de cierto modo menos sanción en su contra.

Por otro lado se tienen los artículos 16, 21, 25 del decreto 1510 del 2013, y los artículos 2.2.1.1.1.6.2, 2.2.1.1.2.1.3, 2.2.1.1.2.2.1 del decreto 1082 del 2015, en donde se establece que las entidades estatales deben estipular los pliegos de condición o la invitación según sea el caso correspondiente, brindándosele la oportunidad de que adecuen a su gusto estas condiciones

necesarias para contratar, y que a opinión de los suscritos es donde más se puede presentar actos de corrupción, toda vez que hace viable que los servidores públicos encargados de desarrollar dichos pliegos puedan arreglarlos de tal manera que solo cierta persona sea apta para contratar en determinado objeto contractual, por otro lado los mencionados decretos brindan la posibilidad de que después de publicado el pliego se pueda modificar; desestimando de este modo a otros oferentes que tal vez puedan tener mejores propuestas. Evidenciándose el amiguismo entre los servidores públicos y los contratistas a tal punto que las condiciones solo las pueda cumplir determinado contratista que si se investigara a fondo terminaría siendo amigo del funcionario.

Además en el análisis de la normatividad se encuentra el artículo 20 del decreto 1510 del 2013 y el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del decreto 1082 del 2015 estipula que las entidades deben elaborar estudios previos con respecto al objeto contractual que se fuera a desarrollar, presentándose para los suscritos, el evento de que las entidades puedan crear necesidades que realmente no tienen, presentándose de este modo desfalcos al presupuesto que no se justifican en el interés general sino por el contrario en beneficios para intereses particulares. De igual manera en este punto es importante mencionar la ley 152 de 1994 en la cual se establecen las directrices del plan de desarrollo que según el artículo 2 de la ley “se aplicará a la Nación, las entidades territoriales y los organismos públicos de todo orden”, siendo este de gran importancia ya que este es el derrotero que deben tener todas las instituciones para ejecutar su presupuesto, y en el caso de desviarse de este estarían violando la normatividad colombiana, pero que de cierto modo no es ajeno a la realidad política y publica que se vive en este país.

Teniendo en cuenta lo anterior, se determina que la fragilidad jurídica no se presenta tanto en la estructura de la normatividad administrativa que regula todo en cuanto a la contratación estatal, ya que en la misma se establecen principios, objetivos y procesos contractuales de una u otra manera de forma sólida, sino que dicha fragilidad se evidencia en la mala interpretación que le puedan dar los funcionarios públicos a la misma toda vez que en donde ven la posibilidad de desviarse del interés general para lucrar sus bolsillos lo hacen sin importancia de las sanciones que esto pueda acarrear, porque de cierto modo la ley al punto de vista de los suscritos está bien elaborada solo que siempre se encuentra la forma de evadirla; además se evidencia fragilidad de la ley en cuanto a las entidades que ejerzan la vigilancia y control de todos los procesos contractuales, pues se determina que las mismas no ejercen dicho control y vigilancia con la

disciplina y rigurosidad con la que se debería ejercer esta acción, a su vez los jefes de las respectivas entidades no elaboran el respectivo control que merece la ejecución del presupuesto, especialmente la contratación estatal, ocasionando que se pasen por alto muchas inconsistencias aportando cada vez más al déficit contractual del Estado.

Tipos de contratos públicos de la legislación colombiana en los que se evidencia mayor desacato de requisitos legales y facilitan la corrupción.

Para desarrollar el presente objetivo es de suma importancia establecer y definir los tipos de contratos que realizan los servidores públicos en función de su cargo.

El primer contrato que se va a definir es el contrato de obra el cual se encuentra regulado en el ordinal 1 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en donde se tienen que son “Contratos de obra los que celebre las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles o cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”. Colombia al ser un país en vía de desarrollo, se ve en la obligación de modificar y crear edificaciones para prestar servicios y suplir la necesidad de las personas, por esta razón, se evidencia múltiples contratos y proyectos de este tipo, siendo el mismo un contrato que generalmente se realiza con altas cantidades de dinero, dado el valor de los materiales, maquinaria y personal especializado para el desarrollo efectivo de actividades tales como la construcción; esto facilita a que el contratista, el servidor público y el ordenador del pago, convengan un monto de dinero al amañó de ellos para obtener un beneficio propio o a favor de terceros, excediendo la suma que posiblemente se necesita para realizar la obra.

Otro contrato que define la Ley 80 de 1993 es el de Consultoría, el cual se encuentra en el artículo 32 numeral 2 de la mencionada Ley, son:

“Los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación

control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”.

Si en este tipo de contrato hay actos de corrupción, no se evidencia un detrimento significativo económico del Estado ya que generalmente se realizan con personas individuales profesionales que brindan conocimiento para el desarrollo del cuerpo estatal, ya que los todos los entes públicos no siempre cuentan con las personas idóneas para realizar determinadas tareas, por esto se ven en la necesidad de vincular a los proyectos públicos personas que nutran el mismo.

El contrato por prestación de servicios es otro de los contratos que estipula la Ley 80 de 1993 en su Artículo 32 numeral 3, y expone lo siguiente “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. Es importante precisar que la misma ley expone que este tipo de contrato se debe realizar exclusivamente con personas naturales, pero solo si en la planta estatal no hay una persona apta para realizar la respectiva función. De igual manera en este punto es fundamental decir, que determinada persona al vincularse con una entidad estatal por este tipo contractual, la misma en ningún momento adquiere la calidad de servidor público, sino que adquiere la calidad netamente de contratista, y es aquí donde radica realmente el problema con este contrato, toda vez que las entidades que contratan mediante este medio entregan funciones a estos tales como revisar contratos, validar los mismos o realizar las diferentes interventorías que requieren estos, situación que es crítica, ya que son funciones que le corresponden netamente a los funcionarios públicos, porque son ellos los que realmente desarrollan la función pública.

Se puede encontrar también en la misma ley 80 de 1993 el contrato de concesión el cual el numeral 4 del artículo 32 de la mencionada ley lo define como aquel:

“que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y

riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, 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, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”

Para los suscritos, este contrato se podría mirar como una figura facilista ya que el Estado deja de ejercer sus funciones y reviste a particulares para ejercer o explotar determinada actividad, esto de una u otra manera deslegitima el poder del Estado en todo el ámbito de la palabra, porque evidentemente en Colombia muchos de estos servicios son pésimos y es notorio que su realización tiene bases viciadas de actos dolosos, buscando algún beneficio propio o a favor de otro, pero no se toma como base la necesidad y el bienestar de las personas. Además se puede ver corrupción en cuanto a la duración o prolongación de una concesión porque en ciertas ocasiones dicho termino no debería ser tan largo, solamente extendiéndose este para que la concesión saque más provecho que de cierto modo como se ha venido diciendo puede prestar o facilitar para que se convenga entre los contratantes algún tipo de remuneración no legal.

Otro contrato que se define en la Ley es el de encargo fiduciario y fiducia publica, los cuales tiene “por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades celebren”, Además el Artículo 31 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, sostiene que los plazos para este tipo de contratos deben de ser determinados. Para los autores el presente contrato está encaminado o en el mundo del deber ser guiado a disminuir la corrupción, ya que la entidad estatal no maneja directamente el presupuesto público, sino que, por el contrario designa a una entidad bancaria o a una fiducia, para que administre el dinero bajo los parámetros que dicha entidad estatal establezca con fines de lograr el desarrollo de la política pública a la cual se va a destinar dicho presupuesto.

Por último se encuentra el contrato de exploración y explotación de los recursos naturales, consagrado en el Artículo 76 de la Ley 80 de 1993, este contrato solo es una figura creada por esta ley para dar concesiones a empresas encargadas de explotar los recursos naturales, pero en sí, y en esencia este contrato se ve vinculado y encaminado a realizarse como un contrato de concesión, el cual fue anteriormente citado.

Para terminar se concluye que ciertos contratos se prestan para la corrupción, puesto que mediante ellos se maneja grandes sumas de dinero, y siendo el hombre colombiano culturalmente hablando, una persona competitiva como se explicó anteriormente, dicha competencia se ve viciada por patrones como la ambición y la avaricia de poder, que se ven permeadas siempre por el dinero.

Falencias de las sanciones disciplinarias y penales en la legislación colombiana que contribuyen a que se presenten casos de corrupción en la contratación estatal.

En cuanto a sanciones disciplinarias se refiere es importante citar la Ley 734 del 2002, ya que allí establecen acciones de los servidores públicos que son determinadas como faltas disciplinarias, y así mismo establecen que sujetos son disciplinables. De igual manera se establecen principios fundamentales en un proceso adversarial, ya que el derecho disciplinario tiene cierta similitud con el derecho penal, si se analiza, el sujeto disciplinable cuenta con derecho a la defensa y a la igualdad de armas, principios del derecho penal, entendidos desde un punto de vista disciplinario, ya que la Procuraduría General de la Nación esta revestida de funciones tales como poder iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de algún órgano estatal; por esta razón se encuentran los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia entre otros en ambas ramas del derecho.

Los autores determinan que la categorización que se realiza de las sanciones disciplinarias en la Ley, se plantea de forma correcta ya que se diferencia todo tipo de faltas según el nivel de daño al sistema estatal, pero a la hora de definir las la misma ley se queda corta ya que describe las faltas graves y leves en un mismo ámbito de aplicación, incluyendo a ambos niveles en una misma categoría y en un solo artículo, siendo esto algo muy malo para el sistema jurídico, toda vez que la misma descripción es muy general, y da oportunidad a que se maneje al amañado determinado proceso disciplinario, ya que una falta grave se podría tramitar por una falta leve o viceversa. Por lo anterior y en comparación con las faltas gravísimas, se debería crear un enlistado individual donde consten las faltas graves y leves que podría cometer un servidor público. Para concluir, se determina que la Ley disciplinaria no establece las sanciones a las faltas, quedando estas al arbitrio del operador judicial.

Por otro lado, el Código Penal Colombiano establece los delitos contra la Administración Pública y determina de igual modo las respectivas penas, así se explicó anteriormente en el presente escrito; pero también se determina que la misma se ve vacía en cuanto a la rigidez de la norma y en cuanto a nivel de dureza, pues las penas son flexibles y dan lugar a que un servidor público cometa acciones contrarias a la Ley y salga no responsable, o responsable pero en el nivel que no debería ser; esto por medio de cualquier método legal, el cual fue viciado por la misma fragilidad de la norma al imponer penas tan bajas y tantas garantías a los servidores públicos que cometen actos de corrupción, toda vez que al presentarse esta fragilidad el servidor público no va a abstenerse de cometer actos ilícitos y buscar métodos efectivos para evadir la Ley, como se diría coloquialmente “Hecha la Ley hecha la Trampa”.

Por esto se determina que en cuanto a las sanciones disciplinarias, se debe hacer énfasis en que la Ley debe especificar y distinguir todo tipo de conductas sancionables que pueda cometer un servidor público en ejercicio de sus funciones, categorizándolas en el nivel que debería ser, así mismo, definir bien cada nivel de gravedad de cada acto tendiente a cometer conductas de corrupción y todo tipo de falta sancionable disciplinariamente. Concerniente a la aplicación del derecho penal en los actos de los servidores públicos, se determina que la misma es muy flexible y no da un castigo justo, pues da muchos beneficios en cuanto a sanciones penales se refiere.

Para concluir este objetivo, es de vital importancia nombrar que algunos métodos realizados por parte de los servidores públicos para evadir sus funciones o la ley, son realmente descarados y nefastos para los principios legales, en cuanto a lo constitucional, penal y disciplinario se refiere, pues muchas veces el sistema Ejecutivo del poder público Colombiano, intenta perpetrar como sea las otras ramas del poder, tanto la legislativa como la judicial, inyectando dinero en los bolsillos de algunos de sus funcionarios para que bajo su investidura pública realice acciones para favorecer una persona o grupo de personas que pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público, hasta el punto de llegar a dar dadivas para sancionar, modificar o desaprobar una ley, emitir u omitir una acción de control legal por parte de una entidad encargada de ejercer control y vigilancia a las acciones contractuales de los servidores públicos, o peor aún, privatizando el acceso a una verdadera justicia.

Conclusiones

De lo investigado, analizado y estudiado se puede concluir que la normatividad jurídica colombiana, en un sentido formal está bien estructurada en cuanto a principios y fines se refiere, además se establecen protocolos y guías para que los servidores públicos desarrollen sus funciones en cuanto a la contratación estatal, ya que se crean parámetros claros y concisos, que si se aplicaran de la debida forma el sistema estatal funcionaria exitosamente. Ahora bien, en consideración de los autores, se puede afirmar que el problema nace y se centra específicamente en un problema cultural de los Colombianos, afianzado en prácticas recurrentes y de alguna manera justificadas y compartidas por muchos, siendo las mismas personas competentes como se explicó anteriormente, y como se diría coloquialmente “ventajosos”; en especial este fenómeno cultural se presenta en los servidores públicos toda vez que a la menor fragilidad de la norma, el funcionario en la mayoría de veces encuentra una forma de saciar fácilmente sus necesidades económicas para suplir sus intereses o los de otras personas, siendo; esta fragilidad nace de la misma confianza que la Ley y el Estado le otorga a los funcionarios, existiendo siempre una presunción de buena fe en las actuaciones contractuales, logrando que se traicione, hablando metafóricamente, la Ley y los fines del Estado, ya que se evidencia muchas veces una libre disposición y destinación de los recursos públicos. También se puede evidenciar que muchas de las personas que le son encargadas las funciones públicas no están idóneamente preparadas para ejercer tales cargos y debido a esto, se puede presentar malversación de fondos por un equívoco desarrollo del presupuesto.

En cuanto a los contratos estatales se puede concluir que en algunos tipos de estos se manejan altas sumas de dinero, que cierto modo hace que los servidores públicos, se desvíen de los fines esenciales del Estado, y tiendan a satisfacer más sus intereses particulares que por el contrario los intereses de la comunidad, que es lo que se debería hacer en el desarrollo del presupuesto estatal. Además en algunos contratos se entregan a particulares bienes del Estado para que los exploten o saquen todos sus provechos, y no se ven materializadas las ganancias que

esto supuestamente debería dar. Conforme a lo anterior y a lo que se ha venido hablando en todo el proyecto, son las ambiciones personales de los servidores públicos lo que lleva a que se presenten casos de corrupción en la contratación estatal.

Por otro lado en las malas actuaciones contractuales públicas, se necesita intervención de las sanciones disciplinarias y las sanciones penales, dependiendo de la acción, la cual debe constituir un delito tipificado, pero dichas sanciones y penas no son lo suficientemente claras y en su normatividad definen las consecuencias de corrupción muy vagamente, cuando en este sentido, debería ser la normatividad más minuciosa, rigurosa y severa para así prevenir y castigar las acciones contractuales delictivas que afecten el estado.

Recomendaciones

Según lo investigado, consideran los autores que es de gran menester presentar algunas recomendaciones, teniendo en cuenta que esta problemática se presenta en el día a día del desarrollo del Estado como ente primordial para la convivencia de los ciudadanos, y aún más la contratación estatal, que es mediante la cual se ejecuta gran parte del presupuesto.

Ahora bien, en el tema de la normatividad de la contratación pública se podría establecer que los servidores públicos encargados de desarrollar el tema contractual, no debería de tener tanta libertad a la hora de establecer los pliegos de condiciones para evitar el amiguismo. También es importante que a la hora de establecerse las necesidades de los proyectos a desarrollarse, los entes de control realicen un minucioso estudio de la necesidad para que las entidades no malversen los recursos públicos que podrían beneficiar a la sociedad, en vez de gastarse en situaciones que realmente no tienen carácter de necesidad.

Una de las recomendaciones más importantes para los autores se basa en la vinculación de personal óptimo e idóneo, con experiencia y estudios académicos que den realmente la convicción de que por lo menos se desarrollará todo el trámite contractual de debida forma legal, consecuentemente se deberían crear requisitos profesionales más claros para que a dicho puesto estatal acceda solamente personas íntegramente formadas.

En temas penales y disciplinarios, se busca encontrar un punto medio entre la justicia en cuanto a los temas contractuales se refiere, pero, se puede deducir que es complicado, puesto que la irrupción de las ramas unas a las otras, ha debilitado dicho sistema judicial, por lo tanto los autores recomiendan modificar y crear, tal vez, un sistema legal más riguroso y mucho más difícil de evadir, por parte de los funcionarios públicos, es decir crear la Ley sancionatoria y penal, también para cuando se evade la misma ley, que es lo que hace que exista los desvíos, malversaciones y malas contrataciones en el ámbito estatal; ya que la ley ha facilitado todos estos malos actos, por la falta de existencia de penas más altas y con menos beneficios para los servidores que evaden la ley de una u otra forma por medio de los contratos públicos.

Por ultimo este estudio podría ser extendido a las formas de selección del contratista ya que en esta figura se puede presentar también situaciones que favorezcan a la corrupción estatal por parte de los servidores públicos toda vez que se dan preferencias políticas y sociales dentro del trámite contractual estatal.

Referente Bibliográfico

- Bejarano, JA. (1996). *Estrategias contra la corrupción*. En: descentralización y corrupción, Fescol, Bogotá.
- Bercaitz, MA. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Segunda edición. Buenos Aires. Depalma.
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 80 de Octubre 28 de 1993 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C. Diario oficial No. 41.094.
- Congreso de Colombia. (1994). *Ley 152 de Julio 15 de 1994 Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*. Bogotá D.C. Diario oficial No. 41.450.
- Congreso de Colombia. (2007). *Ley 1150 de Julio 16 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*. Bogotá D.C. Diario oficial No. 46.691.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599 de Julio 24 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 44097.
- Congreso de Colombia. (2002). *Ley 734 de Febrero 05 de 2002 por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 44699.

- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Gómez, H. (1993). *La corrupción en una perspectiva política y gerencial*. En: Estado moderno, volumen 1, No 4, asociación colombiana para la modernización del Estado.
- Gossain, J. (2017). *El increíble primer escándalo de la historia de Colombia. La pérdida de 5 mil pesos oro de la Corona sacudió la lluviosa Santafé de Bogotá hace 4 siglos*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-primer-escandalo-de-corrupcion-en-la-historia-de-colombia-139934>. Consultado en: Febrero de 2018.
- Hernández, R; Fernández, C; Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. México. McGraw-Hill / interamericana editores, S.A. de C.V. ISBN: 978-1-4562-2396-0.
- Martínez Cárdenas, E.; Ramírez Mora, J. (2005). *La corrupción y los costos, una mirada de la contratación estatal colombiana*. En: Cuadernos de Administración. No 33. Universidad del Valle. Colombia.
- Martínez Cárdenas, E; Ramírez Mora, J. (2006). *La Corrupción en la Contratación Estatal en colombiana una aproximación desde el neo institucionalismo*. En: Reflexión Política. Bucaramanga. Colombia. ISSN: 0124-0781.
- Presidencia de la Republica de Colombia. (2013). *Decreto 1510 del 17 de Julio de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública"*. Bogotá D.C.
- Presidencia de la Republica de Colombia. (2015). *Decreto 1082 de Mayo 26 de 2015 por Medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Bogotá D.C.
- Presidencia de la Republica de Colombia. (2015). *Decreto 1083 de Mayo 26 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Bogotá D.C.
- Ramírez G, JC. (1990). *El Contrato Administrativo*. Bogotá. Temis S.A. ISBN: 84 – 8272 – 480 – 0.
- Rodríguez R, L. (2008). *Derecho Administrativo, general y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis S.A. ISBN 978-958-35-0658-1.
- Ruiz, J. (2013) *Efectos económicos de la corrupción en la contratación estatal en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C.
- Serrano Cuervo, A. (2014). *Corrupción en la Contratación Pública en Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C.
- Solarte, F; Sánchez, A. (2007). *Análisis de la reforma a la contratación Estatal y otros temas*. Bogotá. Ediciones doctrina y ley LTDA. ISBN 958-676-408-7.