

EL AUMENTO DE LA PERCEPCIÓN DE LA
CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO
Y LAS MODIFICACIONES AL ESTATUTO GENERAL DE
CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
*JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE**



THE INCREASED PERCEPTION OF CORRUPTION IN
CONTRACTING WITH THE STATE AND
MODIFICATIONS TO THE GENERAL CONTRACTING
STATUTE OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

RESUMEN

En el contexto actual, conocedores de las nefastas consecuencias de la corrupción en la gestión pública, sigue siendo necesario y pertinente un análisis profundo en búsqueda de sus causas. Dicho análisis se torna particularmente importante en materia de contratación estatal pues resulta curioso que, entre más modificaciones se introducen al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y más normas se producen en la materia, la percepción de corrupción aumenta: existe, paradójicamente, una relación directamente proporcional.

En este contexto, pretendemos estudiar el tema referido desde dos perspectivas, por un lado, una relativa al análisis de los cambios normativos en Colombia en el campo de la contratación estatal y su impacto en la percepción de la transparencia y, por el otro, una relativa al deber

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con especializaciones en Gestión de Entidades Territoriales y en Derecho Administrativo, Maestría en Derecho con énfasis en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia e inscrito en las materias del Doctorado en derecho UBA. Profesor en derecho administrativo, contratación estatal, servicios públicos y control fiscal de diferentes universidades.

ser de la intervención normativa, tendiente a analizar si la expedición de normas tiene una incidencia positiva en la disminución de la corrupción y en la percepción de la misma.

En suma, a través de un método dialéctico vamos a analizar si con mayor cantidad de normas existe mayor transparencia y si, además, mejora la percepción de la misma (relaciones directamente proporcionales).

PALABRAS CLAVE: Contratación estatal; Corrupción; Percepción de corrupción.

ABSTRACT

In the current context, aware of the dire consequences of corruption in public management, a deep analysis in search of its causes is still necessary and pertinent. Said analysis becomes particularly important in matters of state contracting because it is curious that, the more modifications are made to the General Contracting Statute of the Public Administration and the more regulations are produced in the matter, the perception of corruption increases: there is, paradoxically, a directly proportional relationship.

In this context, we intend to study the referred subject from two perspectives, on the one hand, one related to the analysis of regulatory changes in Colombia in the field of state contracting and their impact on the perception of transparency and, on the other, a relative to the duty of regulatory intervention, aimed at analyzing whether the issuance of regulations has a positive impact on reducing corruption and the perception of it.

In sum, through a dialectical method we are going to analyze whether with a greater number of rules there is greater transparency and if, in addition, the perception of it improves (directly proportional relationships).

KEYWORDS: State contracting; Corruption; Perception of corruption.

Fecha de presentación: 27 de marzo de 2020. Revisión: 30 de marzo de 2020. Fecha de aceptación: 1.º de abril de 2020.



I. INTRODUCCIÓN

En Colombia, desde hace muchos años, se ha venido deteriorando la transparencia en la selección de los contratistas que suministran bienes, obras o servicios al Estado¹.

Es sabido que por medio de la contratación estatal se ejecutan en gran medida los recursos del Estado, por lo que resulta susceptible, en no pocas ocasiones, a ser utilizada con fines privados, contrarios al interés general, y a sufrir de desviaciones de tipo político, no legítimas (como la financiación de campañas políticas). Estos eventos patológicos también son visibles en los casos en que las personas que llegan a cargos de elección resultan cooptados por sus financiadores y en ese momento deben devolver los recursos aportados por ellos, para lo cual recurren a la entrega de contratos estatales.

Lo anterior ha revelado una concreta necesidad para el Estado: controlar esa mala utilización de los recursos, con motivo de lo cual se han promovido varias reformas que buscan disminuir el riesgo de corrupción.

Sin embargo, sabiendo que cualquier reforma legislativa no es eficaz por sí misma, es lógico preguntarse qué tipo de actuaciones ha realizado el Estado para buscar este cambio. En primer lugar, se han incrementado las sanciones para aquellos que cometan actuaciones que tengan relación directa con la corrupción²; en segundo lugar, se ha modificado en varias oportunidades el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública³; y, en tercer lugar, se ha fortalecido, también por medio de normas, a los organismos de control, con el fin de buscar una actuación más eficaz y un control más estricto a las entidades públicas⁴.

En este escrito vamos a revisar las modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), las cuales constituyen la base para analizar el impacto de las

1 Informe de Transparencia Internacional, 2019.

2 Ley 1474 de 2011, Ley Anticorrupción, arts. 13 y ss., disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html].

3 Leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018 y 1952 de 2018.

4 Acto Legislativo 04 de 2019, D 403 de 2020, Contraloría General de la República; Ley 1952 de 2019, para la Procuraduría General de la Nación.

reformas en el campo de la transparencia en la selección de los contratistas y la percepción sobre la corrupción.

La pregunta que nos hacemos, habiendo delimitado nuestro campo de estudio es: ¿las modificaciones al Estatuto de Contratación Estatal han tenido un impacto directo en la disminución de la corrupción en Colombia? ¿Y cual es el impacto en la percepción de la corrupción?

Como hipótesis se podría sostener que, de acuerdo con lo presentado por los medios de comunicación, entes de control y transparencia internacional, la utilización únicamente de normas, para modificar el comportamiento de las personas, podría haber tenido impacto positivo en la disminución de la corrupción en algunos campos, pero no podría afirmarse o concluirse que ha disminuido la percepción que se tiene sobre la corrupción en el país.

II. LAS REFORMAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN

Vamos a iniciar nuestro estudio normativo desde el año en que se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esto es, el año de 1993. Dicho Estatuto se expidió con la pretensión de solucionar varios problemas que se habían presentado con el Decreto Ley 222 de 1983, dentro de los cuales encontrábamos: la multiplicidad y dispersión normativa, muy reglamentario y casuístico, con un exceso de trámites y controles, que desnaturalizó el contrato por la cantidad de detalles dados por las propias normas, régimen dual de la contratación⁵.

Lo que se buscó con el Estatuto de 1993, de acuerdo con la exposición de motivos, fue: promover la transparencia de la gestión pública y garantizar el acceso a la información relacionada con la actividad contractual, de conformidad con el principio de publicidad de la administración, de la razonabilidad de precios de referencia y la optimización de medios tecnológicos, como herramienta eficaz contra la corrupción⁶.

5 LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, Bogotá, Legis. 2016, pp. 12 y ss.

6 Gaceta del Congreso. Exposición de motivos Ley 80 de 1993, expedida 23/09/93. Cfr. DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal...*, cit.

De este modo, se puede afirmar que se trata de una ley que buscó solucionar los problemas existentes⁷, pero en tanto ley de principios, el Estado debió ser reglamentado con posterioridad y, como consecuencia de todos los problemas suscitados por la falta de transparencia, cada vez se requería de la expedición de más normas.

Cuando Colombia se encontraba en el puesto 68 del ranking de corrupción gubernamental, en el 2007, ya había caído del puesto 31 al 68⁸, entonces se tomó la decisión de expedir una modificación a la Ley 80 de 1993, contenida en la Ley 1150 de 2007. Con ésta se buscaba lograr los mismos objetivos que se plantearon en su momento para la Ley 80 de 1993. En efecto, se trata de una ley “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” (cursiva fuera de texto).

De este modo, resulta lógico entender que si estas normas buscan disminuir la corrupción, con ello, también, se buscaba disminuir su percepción, sin embargo, según se pasa a exponer, esto no funcionó.

En el año 2011 se expidió el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011. Dicha ley tenía objetivos también vinculados al tema que tratamos, en efecto, se trata de una ley: “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” (cursiva fuera de texto.) Es importante reseñar que para ese momento nos encontrábamos en el ranking de corrupción en el puesto 80 a nivel mundial⁹.

Luego, con la expedición del Decreto Reglamentario 1082 de 2015¹⁰, nos encontrábamos en el ranking de corrupción en el puesto

7 Dando aplicación plena a la lógica tradicional de confianza ciega en la ley pues, “si el Estado de derecho quiere ser perfecto, debe estar en todos lados: la legalidad es una noción absoluta, si no totalitaria: quien no está a favor de ella esta contara ella”. JACQUES CHEVALLIER. *El Estado de derecho*, Bogotá, Externado de Colombia, 2015, p. 76.

8 DatosMacro. “Colombia - Índice de Percepción de la Corrupción”, disponible en: [<https://www.datosmacro.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/colombia>].

9 Ídem.

10 El gobierno a expedido varios decretos reglamentarios de la Ley 80 desde su expedición en 1993. Decretos: 1510 de 2013, 734 de 2012 679 de 1994, 287 de 1996, 2170 de 2002, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011, 3485 de 2011.

83 y a 2017 descendimos hasta el puesto número 96. La situación, evidentemente, no mejoraba con la inclusión de reformas normativas, pues de la legalidad no se desprende, automáticamente, la eficacia¹¹. La corrupción no solo no ha parado, sino que parece haber aumentado de forma constante, como lo podemos ver en este cuadro:

TABLA 1
COLOMBIA - ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

| Fecha | Ranking de la corrupción | Índice de corrupción |
|-------|--------------------------|----------------------|
| 2017 | 96º | 37 |
| 2016 | 90º | 37 |
| 2015 | 83º | 37 |
| 2014 | 94º | 37 |
| 2013 | 94º | 36 |
| 2012 | 94º | 36 |
| 2011 | 80º | 34 |
| 2010 | 78º | 35 |
| 2009 | 75º | 37 |
| 2008 | 70º | 30 |
| 2007 | 68º | 38 |
| 2006 | 59º | 39 |
| 2005 | 55º | 40 |
| 2004 | 60º | 30 |
| 2003 | 59º | 37 |
| 2002 | 57º | 36 |
| 2001 | 50º | 38 |

11 ... el derecho administrativo clásico se concibe dentro del positivismo jurídico, según el cual “la validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia es una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo su uso lingüístico, una cualidad del derecho mismo [...] Ahora bien, el discurso de la eficacia se encontraba disimulado en todo el derecho administrativo, aunque eclipsado por la validez.” ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN. “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, JAVIER BARNES VÁZQUEZ y MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN (eds.). *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016, pp. 43 y 44.

| Fecha | Ranking de la corrupción | Índice de corrupción |
|--------------|---------------------------------|-----------------------------|
| 2000 | 60º | 32 |
| 1999 | 72º | 29 |
| 1998 | 79º | 22 |
| 1997 | 50º | 22 |
| 1996 | 42º | 27 |
| 1995 | 31º | 34 |

En la actualidad debemos esperar el pliego tipo, con la esperanza de que se convierta en una verdadera herramienta contra la corrupción. Por ahora, en el último Informe de Colombia - índice de percepción de la corrupción de 2019, el país obtuvo 37 puntos sobre 100, y se ubica en el puesto 96 entre 180 países evaluados en el índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional. Lo cual significa que las reformas no mejoran esta percepción negativa.

Con base en este corto recuento puede afirmarse que las modificaciones al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no han logrado cumplir con su objetivo de disminuir los niveles de corrupción y de percepción de la misma. Por tanto, si las reformas no han servido a su propósito, pues la corrupción, no disminuye, parece que dicho camino no resulta ser una forma adecuada de modificar la conducta social.

III. LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN Y EL CAMBIO DE COMPORTAMIENTO DEL SERVIDOR PÚBLICO

Todas las soluciones que propone el Gobierno en Colombia están siempre determinadas por una coyuntura que determina la necesidad, funcionaliza y condiciona el actuar gubernamental.

Así las cosas, resulta claro que el Estado debe, por medio de sus mecanismos legítimamente constituidos, solucionar los problemas que se presentan en una sociedad. Cuando observamos problemas de corrupción, un gran escándalo, se deben tomar decisiones que generen un impacto positivo en la sociedad. De acuerdo con esta posición, la forma más rápida para solucionar los problemas de la sociedad debe ser por medio de normas que regulen la conducta de los asociados y que sean efectivas en la producción de efectos.

Así las cosas, el detentador del poder público debe buscar el cumplimiento de un deber ser y, en caso de que no se cumpla, debe implementar consecuencias efectivas que implique una sanción para el sujeto que desconozca la norma. La fórmula es sencilla, y se deriva del sometimiento pleno al derecho: el que incumple la norma debe ser sancionado.

Todos estos son los principios que fundamentan la norma jurídica, “la norma jurídica es un imperativo y por ‘imperativo’ se entiende una proposición cuya función es determinar el comportamiento ajeno”¹². De acuerdo con esto, el Estado debe tener la suficiente fuerza para hacer cumplir su voluntad, en este sentido, en caso de que no se esté cumpliendo lo que determina una norma jurídica, lo que debería suceder es que se busque su cumplimiento por medios coactivos.

En este punto de vista, la norma debería ser suficiente para el cumplimiento de los fines que busca el Estado. Buscamos modificar una conducta, expedimos una norma general, impersonal y abstracta que nos lleve a que esa situación no siga ocurriendo. En caso de que no se cumpla la norma, lo que debe hacerse es buscar su cumplimiento con la sanción que debe estar incluida en la norma como forma de reaccionar frente a su incumplimiento.

En este contexto, resulta lógico que al constatar que las normas existentes hayan sido insuficientes para disminuir la corrupción, se hayan expedido nuevas, que buscan mayor transparencia en la gestión y contengan los riesgos de direccionamiento indebido de los contratos. Normas que por proteger la transparencia pueden ir de otros principios como la eficiencia.

El problema que se presenta es que, al ritmo que vamos, para que no haya corrupción, se deben expedir normas que regulen totalmente el actuar dentro de los procesos de selección del contratista, ya que en caso de no hacerse da espacio para que se direccionen los procesos y se generen actos de la corrupción. Pareciera ser que la única forma de protegernos contra la corrupción, en procesos de contratación, es que no exista discrecionalidad por parte de los servidores públicos, esto es limitar la autonomía para la estructuración de los pliegos; ya que al no existir una ética pública en todos los servidores públicos, hace que algunos se aprovechen y se pierdan los recursos públicos.

12 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 76.

Con la Ley 1882 de 2018, relacionada con los pliegos tipo, se ha buscado limitar la forma por medio del cual se debe seleccionar a los contratistas, ya que nos determina cuales deben ser los requisitos habilitantes y los ponderables, lo que hace que en los procesos de selección no pueda haber mucha maniobra para que se pueda direccionar los contratos.

Por estos pliegos tipos, en los contratos de obra, han aumentado considerablemente los participantes a los procesos, lo que permite ver mayor pluralidad de oferentes y por ende mayor transparencia¹³. Esto no significa que bajó la corrupción en general, sino que se dieron pasos para bajar la corrupción en un tipo de proceso contractual, el de obra. Aplica lo mismo para los demás pliegos tipo que se vayan estructurando. La crítica está dada por la limitación en exceso de la discrecionalidad de la administración, desconociendo las particularidades de cada proceso; todo en pro de la transparencia.

Desde este punto de vista normativo, pareciera que con las normas se ha venido mejorando los procesos contractuales para que disminuya la corrupción, ya obliga a un cambio en el comportamiento, en los procesos de obra difícilmente va a haber corrupción, por lo que se cree que efectivamente en los procesos en los que se realiza la corrupción disminuye. Con esta limitación de la discrecionalidad a la administración puede disminuir la corrupción, pero no significa que las personas cambien (no busquen tener ventajas o beneficios en los procesos contractuales, sigue la corrupción) o que la percepción sobre la corrupción que se tiene cambie.

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto dentro del desarrollo del presente texto que el Estado colombiano ha buscado por medio de muchas normas tratar de solucionar el problema de la corrupción en Colombia, y lo único que ha ocurrido es que ha disminuido en muy pocos aspectos y la percepción de la misma ha venido aumentando.

13 El Espectador. "Creció la cantidad de participantes en licitaciones por uso de pliegos tipo", 10 de julio de 2019, disponible en: [<https://www.elespectador.com/noticias/economia/crecio-la-cantidad-de-participantes-en-licitaciones-por-uso-de-pliegos-tipo/>].

Las normas han sido insuficientes para acabar la corrupción, por lo que se requiere de muchas más herramientas para hacerlo. Sin embargo, este es un problema que escapa al ámbito normativo y va más allá, hacia otros aspectos que posibilitan o facilitan su concreción. Las normas ayudan, pero no son suficientes, hay que hacer más.

Es un problema estructural que tiene relación con la forma como se ejerce y se accede a los cargos de poder y autoridad, con las condiciones socioeconómicas de la sociedad que encuentra en los recursos públicos uno de los pocos instrumentos para la generación de ingresos y por supuesto es un problema de ética pública que evidencia la falta de valores al momento del ejercicio de las funciones públicas.

Se requiere replantear varias cosas para que la corrupción y la percepción de la corrupción disminuya:

- Que las entidades públicas se enfoquen en prevenir las posibles violaciones al estatuto contractual, que pueden llevar a la pérdida ilegal del recurso público. Buscamos llegar antes de que exista la corrupción. Con las normas que existen, se deben hacer más esfuerzos para que no se llegue a la pérdida del recurso, porque la sanción al corrupto que es absolutamente relevante y hay que hacerlo, no soluciona el problema de la corrupción, pero si lleva a que se tenga un indicador de aumento a la corrupción.
- Se debe generar un gran trabajo en la ética pública, que los servidores públicos actúen con una moral administrativa, entendiendo que los recursos públicos nos pertenecen a todos y deben velar por ellos.
- Al observar la comunidad la forma como se financian las campañas públicas, esto es, financiadores pagando para obtener beneficios, claramente van a saber que cuando ese candidato llegue al poder va a utilizar los recursos públicos para pagarle. Ese es un problema estructural que necesita una gran reforma por parte del Estado.
- Si queremos bajar la percepción de corrupción, se requiere que los entes de control se enfoquen también en buscar la mejora de la administración pública, y en la forma como comunica sus hallaz-

gos, por cuanto si todo el enfoque es corrupción y no se expresa lo positivo en mejorar de la administración, se va a seguir manteniendo esa percepción por parte de la sociedad. Los resultados de estos entes no pueden estar determinado únicamente en cuantos responsables fiscales o disciplinarios encontró, sino también en que logro impactar positivamente en la sociedad.

Las normas, sobre todo las que expresan directamente que debe hacer el operador jurídico, como el caso de los pliegos tipo, si han ayudado a un aumento en la transparencia en el campo en el que se utilice, en contra de la eficacia; pero solo en ese campo que se utilice el pliego creado, en los demás puede continuar la corrupción. Esto no es suficiente, por lo que se requiere de más mecanismos para que esto no siga sucediendo.

Lo que nos queda claro es que las reformas al estatuto contractual no han sido suficientes para bajar la percepción en corrupción, por lo que se requieren de mecanismos para incidir en el pensamiento colectivo de la existencia de la mejora la transparencia en los procesos contractuales. Por eso es importante la prevención, la mejora en la ética pública, el trabajo de los entes de control, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *De los contratos*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004.
- BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL. *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.
- CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado de derecho*, OSWALDO PÉREZ (trad.), Bogotá, Externado de Colombia, 2015.
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. *Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, Bogotá, Legis, 2016.
- DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA. *Guía de contratación estatal: Deber de planeación y modalidades de selección*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. "La planeación y la validez del contrato estatal", en ALBERTO MONTAÑA PLATA y JORGE IVÁN RINCÓN. *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá, Externado de Colombia, 2017.

IBAGÓN IBAGÓN, MÓNICA LILIANA; JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA y JAVIER BARNES VÁZQUEZ (eds.). *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016.

MONTAÑA PLATA, ALBERTO y JORGE IVÁN RINCÓN. *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá, Externado de Colombia, 2017.

OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO. “La eficacia en el derecho administrativo colombiano: De advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, JAVIER BARNES VÁZQUEZ y MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN (eds.). *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Externado de Colombia, 2016.

SAFAR DÍAZ, MÓNICA SOFÍA. *Contratación pública y corrupción*, en JUAN CARLOS HENAO y ANÍBAL RAFAEL ZÁRATE (eds.). *Corrupción en Colombia tomo iv: Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá, Externado de Colombia, 2018.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Externado de Colombia, 2017.

SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. *Estudios de derecho contractual público*, Bogotá, Legis, 2014.