

ANALISIS DEL FENOMENO DE LA CORRUPCION EN LA CONTRATACION ESTATAL

**MARIA ALEJANDRA VARGAS SANCHEZ
DEYANIRA OLIVERA VILLANUEVA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
ESPECIALIZACION FINANZAS Y ADMINISTRACION PÚBLICA
BOGOTA DC
2011**

ANALISIS DEL FENOMENO DE LA CORRUPCION EN LA CONTRATACION ESTATAL

**MARIA ALEJANDRA VARGAS SANCHEZ
DEYANIRA OLIVERA VILLANUEVA**

**Doctora
CLARA INES DOMINGEZ G**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
ESPECIALIZACION FINANZAS Y ADMINISTRACION PÚBLICA
BOGOTA DC
2011**

DEDICATORIA

Hay dos maneras de ver la realidad viéndola o viviéndola, somos colombianos y estamos de una u otra manera atados a esta dolorosa realidad, llena de corruptos, inescrupulosos que obran de mala fe; ponemos nuestra fe e ilusiones en esos que están en el poder y creemos nos ayudaran a tener un mejor país una mejor vida, un mejor lugar para vivir para ofrecerle a nuestros hijos pero es defraudada frecuentemente, este ensayo esta dedicado precisamente a todos los que sufrimos directa o indirectamente de estos actos de corrupción a todos los Colombianos que sueñan por un mejor futuro y sufren la decepción de esos que ponemos en el poder con esperanza; el conocimiento nos hace fuertes; debemos seguir teniendo fe en nuestra patria y sus principios aunque a pequeña escala este ensayo es una fuente de información para pelear contra esos pocos que causan tanto daño a nuestra sociedad.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos a:

Los docentes Doctor Carlos Andrés Bonilla Pretel, la Doctora Clara Inés Domínguez G y La Doctora Margarita Castañeda Vargas, quienes con su apoyo y asesoría sobre la metodología y temas requeridos para facilitar la búsqueda de fuentes de información confiables y de suma importancia para llevar a cabo este ensayo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

1. TITULO.

2. LINEA DE INVESTIGACION

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1. Pregunta Problema de Investigación.

3.2. Reseña Histórico

3.3. Fuentes de Información

4. DELIMITACION

4.1. Geográfica

4.2. Espacial.

4.3. Jurídico Legal

5. JUSTIFICACION

5.1 Teórica

5.2 Metodológica

5.3 Práctica

6. OBJE TIVOS

6.1. Objetivo General

6.2. Objetivos Específicos

7. MARCOS DE REFERENCIA

7.1. Marcos Legal

8. CAPITULOS

8.1. Analizar la Ley 80 de 1993 y disposiciones posteriores enfocadas a establecer las debilidades y los riesgos de ilegalidad en el proceso de contratación pública.

8.2. Análisis y documentación del CASO NULE, para identificar el problema central en el desfalco que se presento en la contratación del Distrito.

8.3. Determinar los vacíos que aun persisten en los procesos de contratación estatal, que no fueron contemplados en el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011.

9. CONCLUSIONES

10. RECOMENDACIONES

11. BIBLIOGRAFIA

12. CIBERGRAFIA

RESUMEN

Este Ensayo pretende hacer un análisis sobre el Estatuto de contratación colombiano Ley 80 de 1993, enfocado a la corrupción en los procesos contractuales y mediante un análisis de las modificaciones que ha tenido el estatuto con las Ley 190 de 1995 y la Ley 1150 de 2007, así como sus decretos reglamentarios.

Adicionalmente se hace un recuento de lo que fuera el reciente escándalo en la contratación del Distrito Capital de Colombia y cuáles fueron las principales causas que permitieron este millonario desfalco.

Finalmente se refiere a la Expedición del Estatuto Anticorrupción y los vacíos que aun después de su expedición permiten que se sigan presentando actos de corrupción.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the Status of hiring Colombian Law 80 of 1993, focused on corruption in the contractual process through an analysis of the changes has had the status with Law 190 of 1995 and Act 1150 of 2007 and its implementing regulations.

Additionally, an account of what was the recent scandal in the recruitment of the Capital District of Colombia and what were the main causes that allowed this millionaire embezzlement. Finally, concerning the issue of Anti-Corruption Statute and gaps even after issue be allowed to continue presenting Corruption.

INTRODUCCION

La corrupción en nuestro país es un tema bastante polémico y está a la orden del día de todos los colombianos, todos los estamentos gubernamentales han experimentado alguna vez, hechos de corrupción, a través de personas que se aprovechan de su autoridad para obtener beneficios personales.

Ahora bien es necesario mencionar cuales son las causas estructurales que dan pie a la corrupción desde el punto de vista de la sociedad misma:

En primer lugar podríamos tomar la perspectiva económica tal y como la definen varios estudios preparados para la reunión anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Economía llevado a cabo en Bogotá, en el mes de Octubre de 1997 "...Uso de un encargo público para beneficio privado con el objetivo de enriquecerse " ² , es decir existe un interés individual que puede presentarse en dos vías tanto de la parte que demanda del bien o del servicio y aquella que la ofrece, por lo tanto se afirma que este es un flagelo que involucra tanto al sector privado como al sector publico.

Otro factor del fenómeno de la corrupción asociado a la variable económica es la percepción equivocada que se tiene de la corrupción "Generalmente se toma como una causa cuando en realidad es un efecto. Todos nos preocupamos por el problema y creemos que lo ocurre es que como somos demasiado corruptos, por eso no funciona el sistema, no funciona la democracia y no funciona la Ley; cuando es exactamente al revés. Como funciona el Estado

² Mauricio Cárdenas y Roberto Steiner (Compiladores) Corrupción, crimen y justicia, una perspectiva económica, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Fedesarrollo, la CEA y Colciencias, 1998-

de Derecho y como no funciona el sistema institucional se produce la corrupción como una alternativa para que la gente pueda desarrollar sus diferentes actividades económicas”³

En segundo lugar tenemos la perspectiva jurídica, que hasta la expedición del La Ley 1474 del 12 julio de 2011, Estatuto anticorrupción, se reducía a la simple falta disciplinaria o aun delito, es decir a una violación de la ley, sin embargo esta es una manera equivocada de ver el fenómeno de la corrupción por que hasta entonces existía una cantidad de conductas y comportamientos tanto en el sector privado como publico que por el simple hecho de no estar reglamentados como una falta disciplinaria o un delito no significa que no sean conductas reprochables o posibles actos de corrupción, es decir la corrupción permeaba la normatividad con el concurso de los diferentes estamentos de la sociedad colombiana.

En tercer lugar podemos darle un vistazo al tema de la ética en la corrupción y podemos empezar por definir el termino ética como “ La palabra que proviene del Latín Ethos que significa carácter o morada en tanto que el termino moral del latín mores significa usos y costumbre. Es por ello que la ética se refiere o insiste en el sentido del deber ser, la responsabilidad, los principios, las máximas, los valores que guían a los agentes y funcionarios. En su versión normativa alude a la aplicación u omisión de los valores en situaciones concretas”-⁴

En la Administración pública se debe contextualizar este concepto a través del compromiso con el interés general, la existencia de un `bien común, la relación con el poder político, la responsabilidad del manejo de los recursos de toda una sociedad, la legitimidad y la credibilidad en la administración pública.

³ Republica de Colombia Departamento Administrativo de la Función pública, “Riesgo de la Corrupción en la Administración Pública” Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2000.

⁴ *Ibíd.*

El concepto de ética, también puede verse desde el punto de vista del deber ser con las convicciones, la conciencia y el compromiso social y desde este concepto se deben tener en cuenta aspectos adicionales al simple incumplimiento o violación de la norma. Una propuesta en este sentido aparece en el artículo publicado por la revista del CLAD⁵, “en la que se construyen tres conceptos:

1. El vacío ético; se refiere a que quienes deciden no responden sus actos, hay impunidad. Al directivo sólo le interesan los demás fuente de recursos. En este vacío no hay pensamiento social ni compromiso; a penas existen los hechos en el marco del duro poder (el pragmatismo). El vacío ético no es una cuestión personal o un problema de educación. Ubicado en el sector público, también significa injusticia, menos alimentación, salud, educación o vivienda para quienes lo necesitan.
2. La dualidad ética, que es la hipocresía o falsedad ideológicas. Se predica una idea, a la vez que se la ignora o se contradice en la práctica. Es el doble discurso que ajusta las explicaciones a las necesidades.
3. La ética mínima o necesaria para cumplir la tarea, que es de carácter reactivo (no promueve). Se basa en seguir valores o principios porque conviene, y mientras la relación de fuerzas lo permita. No es tanto un deber ser, como el “hacer lo que se puede”

Los anteriores conceptos, que son expresiones valorativas, permiten una visión más amplia de la conducta de los funcionarios de la administración pública y aportan elementos que nos llevan a precisar que la corrupción no debe limitarse únicamente al cumplimiento de las normas sino que por el contrario hay que analizar más ampliamente factores de tipo social y económico.

⁵ Jorge, “La cuestión ética en el sector público. Discurso y praxis”, artículo citado.

En Colombia el principal problema de corrupción, se presenta en la contratación estatal, este ensayo pretende determinar los vacíos que aun persisten en el Estatuto de Contratación Estatal, aun después de dos reformas y la expedición del Estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011.

LINEA DE INVESTIGACION

Este ensayo sobre el análisis del fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, tiene como línea de investigación la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pregunta del Problema de Investigación:

¿Cuáles son los principales vacíos en la normatividad sobre contratación estatal para que se presenten hechos de corrupción?

Reseña Histórica:

Observando la reseña histórica, que presenta la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se puede apreciar la necesidad del Gobierno Nacional de unificar los regímenes de contratación que existían hasta la ley 222 de 1983 y es allí donde nace la ley 80 de 1993 como estatuto General de Contratación de la Administración Pública

“A pesar de que durante largo tiempo no fueron muchos los contratos que precisó el Estado y aunque los estudiosos estimaron que en nada cambiaba un acuerdo de voluntad por el hecho de que una de las partes del mismo fuera una persona de derecho público y que por eso a los contratos estatales se les llamara "actos de gestión" o de "mero derecho privado", opuestos a los "actos de gobierno", "poder", "imperio" o "mando", lo cierto es que desde la iniciación de nuestra vida republicana la legislación se preocupó por regular la escogencia de contratistas y algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento, vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos contenido.

Como productos de lo anterior pueden presentarse el Código Fiscal de 1873 que ya regulaba la institución de la caducidad, forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado; la ley 53 de 1909, que reitera esta facultad y que consagra algunas exigencias administrativas; la ley 110 de 1912, Código Fiscal Nacional que se refiere a la licitación o

concurso como procedimiento de selección de contratistas y a sus excepciones; la ley 130 de 1913, nuestro primer estatuto procesal contencioso administrativo que ratifica el concepto de actos de mero derecho privado de los contratos; la ley 105 de 1931, que entrega el conocimiento de las controversias contractuales a la justicia común; y la ley 167 de 1941, que reitera lo referente a la cláusula de caducidad y a la revisión administrativa de los contratos del Estado por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa y deja en manos del juez ordinario el conocimiento del contrato y sus controversias.

A esa normatividad podrían agregarse una serie de leyes y decretos legislativos que de los años 40 a 70 se dictaron, relacionados con autorizaciones, aprobaciones y revisiones de tipo administrativo exigidas para los contratos estatales. Igualmente, podrían señalarse las contenidas en el Código de Minas y las normas que lo reformaron relativas a trámites administrativos para obtener, por medio de acuerdo, la explotación de recursos mineros nacionales y a cláusulas o estipulaciones especiales para esa clase de actos, como la llamada "reversión", mediante la cual se previó que al finalizar un contrato de explotación de la riqueza nacional los bienes y elementos puestos al servicio de la misma pasen a ser propiedad de la entidad estatal.

Finalmente, bien podría recordarse la legislación agraria y la de los recursos naturales no renovables, en donde se tratan clases particulares de contratos de explotación de bienes del Estado, tales como baldíos, areneras, bosques, ríos, etc.

No puede negarse que durante todo este tiempo y en la medida en que el campo de las actividades del Estado fue en crecimiento, se habló de la necesidad de una normatividad particular y especial para los contratos del Estado. Fue así como en la legislatura de 1934, primero, el senador por el Departamento del Atlántico, doctor Francisco Carbonell González, presentó un proyecto en tal sentido, acto que no alcanzó a convertirse en ley. Posteriormente, en 1937, el doctor Alberto Lleras Camargo, Ministro de Gobierno para ese

entonces, impulsó nuevamente un proyecto semejante que no logró convertirse en ley de la República.

Ya en la década del setenta, y como consecuencia del marcado intervencionismo impuesto en la reforma constitucional de 1968, fue mayor ese clamor de una legislación particular para los contratos del Estado, el que se encontró justificable porque con la expedición del decreto-ley 528 de 1964 se había entregado a la justicia contencioso - administrativa el conocimiento de las controversias surgidas de los contratos "administrativos" de las distintas entidades estatales y porque al expedir los decretos-ley 1050 y 3130 de 1968, el legislador había distinguido entre los contratos que celebraban la Nación y sus establecimientos públicos y los que acordaban los otros entes y así mismo, desde ese entonces, se había anunciado un régimen diferente para unos y otros.

Este anhelo motivó la expedición de la ley 2ª. De 1973, mediante la cual se otorgaron facultades extraordinarias al gobierno para expedir un estatuto contractual en el ámbito nacional, cosa que a la postre no se produjo por haber expirado el término de las autorizaciones. Un año más tarde, el Congreso dictó la ley 28 de 1974 y en ella se volvieron a otorgar facultades extraordinarias para expedir la ley de los contratos del Estado. En esta ocasión, por medio del decreto-ley 1670 de 1975, el gobierno hizo uso de la facultad otorgada y expidió el estatuto esperado.

Mas debe anotarse que este nuevo ordenamiento, cuyo ámbito de aplicación lo fue solo en el orden nacional, no abarcó todos los campos de la contratación, motivo por el cual continuaron rigiendo para muchos aspectos de los contratos del Estado las disposiciones de los códigos Civil y de Comercio.

En 1976, y con base en las mismas facultades, el gobierno, en virtud de algunas críticas y reparos que se habían hecho al decreto-ley 1670, expidió el decreto-ley 150, conocido durante algunos años como el estatuto contractual de los entes públicos nacionales.

Y como es cierto que se había presentado un cambio en la mentalidad jurídica del país y se creía que la figura del contrato del Estado debía gobernarse según los estrictos moldes del derecho público y que era necesario desterrar los postulados de la autonomía de la voluntad y del contrato acto generador de leyes particulares, al poco tiempo de vigencia del Estatuto empezaron a formularse diversas críticas en torno a sus limitaciones normativas y deficiencias.

Lo anterior debe adicionarse con una gran verdad: el estatuto de 1976 había caído en la trampa de llevar a la ley aquello que debió estar siempre en las meras reglas y prácticas cambiantes de administración y por ello bien pronto se tornó desueto y conflictivo.

Ante esa situación nuevamente el legislador, en el año de 1982, otorgó facultades extraordinarias al gobierno para expedir un estatuto, con un mayor campo de aplicación.

Fue así como en el mes de febrero de 1983 se dictó el decreto-ley 222, "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas... ".⁶

Sin embargo y a pesar de lo expresado y de los correctivos dados por la ley de 1983, tampoco en esta oportunidad se logró el propósito y por ello también a los pocos días de la expedición del decreto, ya vencidas las autorizaciones extraordinarias, se pusieron de relieve las críticas y los reparos.

⁶ 1. exposición de motivos de la ley 80 de 1993,

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>, octubre 1 2011, 20:30 PM

Tales glosas llevaron al gobierno, a sus colaboradores jurídicos y a los particulares al estudio de las modificaciones al decreto-ley 222 y a la presentación al Congreso en diferentes legislaturas de varios proyectos que no han logrado convertirse en leyes de la República.

Es de anotar que los estudios y anteproyectos elaborados no pretendieron abandonar la filosofía de los estatutos de 1975, 1976 y 1983, sino ajustar algunas de sus instituciones.

Debe igualmente destacarse que si bien para los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas se había acudido a ordenamientos como los mencionados, para los de los departamentos y municipios se había admitido que por lo menos en lo relacionado con su formación y adjudicación debían gobernarse por actos administrativos relativamente flexibles.

DELIMITACIÓN

GEOGRAFICA Y ESPECIAL

Este ensayo se desarrolla bajo los lineamientos de la normatividad del territorio Colombiano y su análisis, se enfoca en los sucesos presentados durante los años 2010 a 2011

JURIDICO-LEGAL

.Ley 80 del 28 de octubre 1993 “Por medio de la cual se expide el Estatuto General de la Contracción Estatal”.

Ley 190 de junio 6 1995. “.por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa “

Decreto 2170 30 de septiembre de 2002 “Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”

Ley 1150 del 16 de julio 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”.

Decreto 066 16 enero de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”

Decreto 2474 julio 7 de 2008 “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Ley 1474 del 12 julio 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.

Demás normas reglamentarias que se relacionen con el tema de contratación

JUSTIFICACION

Teórica

Los documentos motivo de estudio de este ensayo son los siguientes:

- Ley 80 del 28 de octubre 1993
- Ley 190 de 1995
- Decreto 2170 de 2002
- Ley 1150 del 16 de julio de 2007
- Decreto 066 de 2008
- Decreto 2474 de 2008
- Ley 1474 del 12 julio de 2011

.Demás normas reglamentarias que se relacionen con el tema de contratación

Metodológica

Este ensayo tiene como línea de investigación la administración pública, utilizando un método histórico, estudio de caso y de correlatividad, la fuentes de información son secundarias, utilizando herramientas de observación documental y análisis de contenido.

Practica

Este ensayo va dirigido a estudiantes de administración, a las entidades públicas, entidades de control y al público en general que se interese por el tema.

OBJETIVOS

¿Cuáles son los principales vacíos en la normatividad sobre contratación estatal para que se presenten hechos de corrupción?

General

Analizar la normatividad vigente en cuestión de contratación estatal para determinar cual fue la principal causa de perdida de recursos en el reciente caso “Carrusel de Contratación del Distrito Capital (CASO NULE).”

Específicos

- Analizar la Ley 80 de 1993 y disposiciones posteriores enfocadas a establecer las debilidades y los riesgos de ilegalidad en el proceso de contratación pública.
- Análisis y documentación del CASO NULE, para identificar el problema central en el desfaldo que se presento en la contratación del Distrito,
- Determinar los vacíos que aun persisten en los procesos de contratación estatal, que no fueron contemplados en el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011.

CAPITULO I

1 ANALISIS DE LA LEY 80 DE 1993 Y DISPOSICIONES POSTERIORES ENFOCADAS A ESTABLECER LAS DEBILIDADES Y LOS RIESGOS DE ILEGALIDAD EN EL PROCESO DE CONTRATACION PÚBLICA.

La Ley 80/93, fue la unificación jurídica del marco conceptual disperso en varias normas, en un solo estatuto único para todo el país, es lo que podría llamarse la universalización normativa es decir el establecimiento en un solo texto en materia de contratos para todo el país por encima de la autonomía de las entidades territoriales.

La universalización acabó con los Códigos Fiscales. La misma Ley 80/93 dice que todas las entidades públicas deberán expedir estatutos orgánicos pero que desarrollen la Ley 80/93 de acuerdo a su propia actividad; quiere decir esto que por ejemplo cada municipio debe tener un propio estatuto que debe delinarse de acuerdo con la Ley 80/93.

1.1. PRINCIPIOS QUE ORIENTA LA CONTRATACION ESTATAL

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que: “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo en los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicaran a las mismas la norma que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo “

En razón a lo anterior se debe entender que, es requisito indispensable cuando se trate de contratación estatal, cumplir todos aquellos principios (Art. 23 de la Ley 80 de 1993).

Ahora bien podemos referirnos a algunos de estos principios, tratando de resaltar sus principales objetivos y su incidencia en el proceso de contratación Estatal.

1.1.1. PRINCIPIO DE COLABORACION

Este principio se deriva de la premisa de buena fe consagrada el artículo 871 del Código de Comercio “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural “ , también de la naturaleza del contrato respecto de la Ley 80 de 1993, por lo cual Constituye un principio general del derecho. Los contratistas se constituyen en colaboradores del Estado.

1.1.2. PRINCIPIO DE ECONOMIA

Este principio de economía pretende reducir los costos de la contratación, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo también incentivan prácticas corruptas.

Tanto la Administración como el contratistas deben tener claridad respecto de los términos del contrato cada una de las partes debe identificar perfectamente las obligaciones a su cargo y tener muy claro los componentes técnicos, económicos y jurídicos del contrato, para no tener que incurrir posteriormente en adiciones presupuestales.

1.1.3. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

En virtud de lo dispuesto por el artículo 24 de la ley 80 de 1993, relativo al principio de transparencia, se establece que este debe regir, la selección del contratista, cuando dice que “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones “.

Se entiende entonces que este principio debe tener aplicación en todas las etapas contractuales y especialmente al inicio del proceso de contratación especialmente en los pliegos de condiciones y en la oportunidad que deben tener todos aquellos que pretendan ser parte del contrato.

Los pliegos de condiciones de toda licitación deben contener etapas que le permitan a los oferentes o proponentes conocer las condiciones de la licitación y efectuar observaciones a las mismas, de tal forma que podemos indicar que la ley brinda claras oportunidades a los proponentes que tengan dudas para solicitar aclaraciones y disipar los interrogantes que puedan surgir.

Revisados los objetivos y principios del Estatuto de contratación estatal en Colombia, podemos entrar a revisar las debilidades presentadas durante su vigencia y como estas fueron contempladas en las reformas que llevaron a cabo la Ley 190 de 1995 y la Ley 1150 de 2007.

2. REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACION ESTATAL MEDIANTE LA EXPEDICION DE LA LEY 190 DE 1995

Desde la Constitución de 1991 y la creación de la ley 80 de 1993, el Estado se ve en la necesidad de seguir regulando y afrontando el flagelo de la corrupción en Colombia, y dándose cuenta que una de sus muchas causas radica en la necesidad de contar con procedimientos rápidos, la imposibilidad de contar con trámites oportunos, lo que lleva a las personas de los diferentes sectores, a utilizar tramitadores que le den agilidad a estos procesos sin importar por encima de quien tengan que saltar, lo que es lo que denominamos vulgarmente “tajada” y esto se convirtió en la única forma de dar solución a los tramites interminables, a pesar de los grandes esfuerzos del gobierno la ciudadanía en general sentía nuevamente que los grandes

corruptos se encontraban en los altos administradores públicos, adicionalmente se extendieron las “mafias” en sectores como la ADUANA, IMPUESTOS, TRANSITO Y TRANSPORTE, entre otros y es por estas razones que se decide crear Ley 90 de 1995, por la cual se dictan las normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

Los fines de esta ley son los siguientes:

“El Proyecto de Ley se compone de cuatro capítulos. El primero reestructura la Procuraduría General de la Nación para hacerla más efectiva en la lucha contra la inmoralidad administrativa. Establece una Viceprocuraduría contra la corrupción conformada por tres departamentos que tendrán como función primordial, prevenir e investigar conductas atentatorias contra el patrimonio público. Estos se apoyarán en la comunidad. Con base en el artículo 270 de la Constitución Nacional, se crea un Consejo Asesor de la Viceprocuraduría contra la corrupción, conformado por ciudadanos que hayan tenido una trayectoria de moralidad públicamente reconocida. Ellos apoyarán y evaluarán la tarea que adelante la citada Viceprocuraduría. Se le ordena a la citada entidad iniciar una campaña de educación que refuerce el ejercicio de los valores que rigen la sociedad colombiana e insista en la necesidad de contar con la colaboración de todos los ciudadanos en la lucha contra la corrupción. Esta se hará a través de los medios de comunicación, así como en las escuelas y colegios del país.

El segundo capítulo establece unas medidas preventivas que tienden a evitar la corrupción. Entre otros, se busca eliminar el exceso de trámites, se eliminan las autenticaciones inoficiosas y se reglamenta la declaración de ingresos y patrimonio de los servidores públicos. De igual forma se facilita la labor de investigación de los medios de comunicación sancionado a los funcionarios que obstruyan las investigaciones.

El capítulo tercero incluye una serie de disposiciones encaminadas a buscar y a incrementar la colaboración de la ciudadanía en el empeño de erradicar la corrupción. Se establecen medidas que buscan facilitar y simplificar las denuncias de los ciudadanos, se establece la obligación para los organismos de control de informar acerca de la secuencia de sus denuncias, se obliga a las entidades a comunicar sus ejecuciones presupuestales y se facilita la labor investigativa de los medios de comunicación.

El capítulo cuarto pretende crear mecanismos que coadyuven en el éxito de las investigaciones. Es así como se especializan los funcionarios encargados de investigar y juzgar las conductas atentatorias contra la Administración Pública, se reglamenta la desvinculación de los servidores públicos, se obliga al Estado a repetir contra los funcionarios responsables, se admite el levantamiento del velo societario, se reglamentan las investigaciones especiales, se elimina la publicidad de los pliegos de cargos y se obliga la comunicación de los fallos disciplinarios, se solicita al Presidente la promoción de un tratado internacional para intercambio de pruebas en los procesos contra la corrupción y se obliga a los organismos disciplinarios, se solicita al Presidente la promoción de un tratado internacional para intercambio de pruebas en los

procesos contra la corrupción y se obliga a los organismos de control a rendir un informe anual al Congreso.” ¹Exposición de motivos Ley 90 de 1995.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0>

3. DECRETO 2170 DE 2002

Respecto de los derechos y deberes de las entidades estatales, este decreto determina la obligación de publicar proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de licitaciones públicas y autoriza la adjudicación de contratos estatales en audiencia pública con criterios de selección objetiva. Reglamenta el procedimiento de confrontación de la oferta dinámica el anticipo, los estudios previos y la participación ciudadana. Determina el contenido de los pliegos de condiciones y expresa casos de contratación directa. Regula la contratación por medios electrónicos, determina la información que se debe publicar, la celebración de audiencias por los mismos medios, la obligación y procedimiento para salvaguardar documentos electrónicos y la equivalencia funcional. Indica la responsabilidad por publicación en páginas web y el procedimiento por el que se deben culminar los procesos contractuales que se encuentren en curso. Vigencia.⁷

De este decreto consideramos que es importante resaltar el Art 7, que adiciona el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, frente al tratamiento del anticipo y estipula que; *“Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.”*

⁷ http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma_temas.jsp?i=5798

Esta figura era de suma importancia al permitir un control directo y efectivo a la ejecución de los recursos entregados al contratista desvirtuado la posibilidad de que estos sean utilizados en otros proyectos distintos al objeto del contrato.

3. REFORMA AL ESTATUTO DE CONTRATACION LEY 80 DE 1993 MEDIANTE LA EXPEDICION DE LA LEY 1150 DE 2007

La ley 1150, que reformó parcialmente la Ley 80, modificó sustancialmente las modalidades de selección en virtud del principio de eficiencia e introdujo procedimientos que por vía reglamentaria son parte del nuevo ordenamiento de la contratación estatal en Colombia. Las modificaciones incluyen de una parte la incorporación de nuevas modalidades de selección distintas a la licitación pública y la ampliación para algunas entidades de los montos de la denominada menor cuantía en detrimento de la sustantividad del contrato estatal que significa excluir un número cada vez mayor de procesos de selección de la regla general de la licitación, siendo esta la modalidad de selección que mejor interpreta los principios de derecho público, especialmente el de transparencia, en el contexto de la contratación estatal colombiana..

A continuación se presenta cuadro comparativo de los principales aspectos de la reforma con relación al proceso de selección objetiva:

CALIDADES DEL PROPONENTE ⁸

LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007
Criterios de evaluación que puntúan en razón del proponente	Separación de los requisitos del Proponente en: Requisitos habilitantes: experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización. Evaluación de la oferta

⁸ Gonzalo Suárez Beltrán. SUARES BELTRAN Y ASOCIADOS- Abogados Consultores. Principales Aspectos de la reforma al Estatuto General de la Contratación (ley 1150 de 2007 y su reglamentación).

<p>Direccionamiento de los pliegos de condiciones favoreciendo proponentes</p>	<p>Evitar el direccionamiento de pliegos</p>
<p>Limitación a la participación de proponentes Pequeños</p>	<p>Mayor posibilidad de participación y competencia los proponentes sin importar su tamaño (requisitos proporcionales)</p>
<p>Rechazo de propuestas por adolecer de errores no sustanciales o formales (Hoy con carácter reglamentario)</p>	<p>Posibilidad de corregir errores no sustanciales en las propuestas</p>
<p>Desgaste administrativo y toneladas de papel para acreditar las condiciones del proponente</p>	<p>Fortalecimiento del RUP para eliminar “tramitomanía” y reducir plazos de los procesos. (Verificación de condiciones del proponente Pasa – No pasa)</p> <p>-Prohibición de pedir documentos que consten en el RUP</p> <p>Obligación de verificar información</p>
<p>Lista limitada de contratos</p> <p>Proponente se califica y clasifica.</p> <p>C. Co. NO verifican información</p> <p>Información semestral</p> <p>Inhabilidad por mala fe (10 años)</p> <p>Extranjeros registro equivalente</p>	<p>Regla general para todo contrato Excepciones taxativas</p> <p>Proponente se califica y clasifica. Las Cámaras de Comercio verifican documentalmente según reglamento.</p> <p>Certificación es plena prueba Impugnación en vía gubernativa.</p> <p>En firme, en única instancia ante el juez de lo contencioso, salvo solicitud de la entidad contratante</p> <p>Inhabilidad por grave inconsistencia (5 años). Permanente por reincidencia</p> <p>Extranjeros sin domicilio no se registran</p> <p>Eliminación del boletín de licitaciones y contratos</p>

PROCESOS DE SELECCIÓN ADECUADOS AL OBJETO⁹

LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007
El criterio principal de diferenciación de procesos de selección en la ley 80 de 1993 es la cuantía	1. Adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización 2. Método especial para contratación de consultores 3. Objeto complejo
Para la compra de sillas, papelería y en general insumos para la operación de la entidad (bienes uniformes) o de servicios no intelectuales (vigilancia, aseo y cafetería) , de acuerdo con el tamaño del presupuesto de la entidad, se deben adelantar procesos de selección largos y complejos.	Sin importar la cuantía de la contratación se hace obligatoria la utilización de uno de los siguientes métodos: Subastas inversas Acuerdos marco de precios Compra en bolsas de productos. Selección basada en el PRECIO.

MODO ESPECIAL PARA CONTRATAR CONSULTORES ¹⁰

LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007
Contratación de consultoría basada principalmente en menor precio	Concurso abierto o precalificación basada en convocatoria pública. (Justificación), Se califican las condiciones técnicas de la oferta o proyecto, la experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo. Se prohíbe expresamente considerar el precio
Selección basada en precio conlleva mala calidad	Selección basada en CALIDAD

⁹ Ibíd. 8

DECRETO 066 DEL 16 DE ENERO DE 2008

Reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, en los procesos de contratación pública. Indica que las entidades escogerán a los contratistas a través de las modalidades de selección: (i) licitación pública, (ii) selección abreviada, (iii) concurso de méritos y, (iv) contratación directa. Señala que en los procesos de selección por licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, se hará convocatoria pública. Desarrolla el proceso de contratación a través de la modalidad del concurso de méritos, los eventos en los que debe aplicarse esta modalidad de contratación y el procedimiento que debe seguirse.¹¹

Adicional a la reglamentación anterior, este norma deroga el decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002, excepto los artículos 6, 9 y 24, de esta forma desaparece la reglamentación en cuanto al manejo de una cuenta compartida con el contratista y la entidad contratante para darle transparencia al ejecución de los anticipos tal como lo disponía el artículo 7 del referido decreto.

DECRETO 2474 DE JULIO 7 DE 2008

Las principales modificaciones que introdujo este decreto a la ley de contratación fueron las siguientes:¹²

Aspectos Generales:

- La suspensión de los procesos de selección se limita a 15 días.
- En los estudios previos de contratos de concesión no se publicará el modelo financiero.

¹¹ http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma_temas.jsp?i=28244

¹² GONZALO SUAREZ BELTRAN, Asesor externo del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual se analiza el decreto 2474 de 2008 que deroga al decreto 066 de 2008.

- La revocatoria del acto de apertura por causa de modificación a los elementos mínimos de los estudios previos procede a juicio de la entidad y sólo si se debe proteger el interés público o social.
- Se definen nuevas publicaciones en el SECOP para dar más claridad
- Publicación de prepliegos:
 - 10 días para licitación y concurso de méritos con PTD
 - 5 días para selección abreviada y concurso de méritos con PTS
- Reiteración: no se requieren pliegos en contratación directa ni en mínima cuantía
- Definición de quién ha retirado pliegos para la extensión del plazo de presentación de ofertas en la licitación:
 - Quienes presentan observaciones al prepliego
 - Quienes participan en audiencia de distribución de riesgos realizada la apertura del proceso

Subastas Inversas:

Se aclara el alcance de la expresión “común utilización” en el concepto de “bien o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización”.

Son los “requeridos por las entidades y ofrecidos en el mercado en condiciones equivalentes para quien los solicite...”

- Examen de precios artificialmente bajos en la subastas sólo se le hace al precio final obtenido al final del certamen.

- Para la adquisición de bienes o servicios con precios controlados la entidad valorará la factibilidad de aplicar una subasta inversa o, una licitación o selección abreviada, según corresponda.
- Se facilita el trámite de la subasta puesto que las entidades ya no están obligadas a exigir la póliza de seriedad de las ofertas.
- Eliminación de contraseñas y del plazo límite de 5 días para subsanar requisitos habilitantes.
- Para llevar a cabo subastas inversas electrónicas podrá utilizarse la propia infraestructura tecnológica de la entidad, el SECOP o contratar con un tercero su realización.
- Reiteración: en las subastas electrónicas no se divulga durante el certamen los lances de precios presentados por los proponentes.
- Prohibición de establecer precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos.
- Aclaración: El resultado de la subasta inversa se presenta al comité asesor para que efectúe la recomendación que corresponda
- Se elimina la alusión al grupo/clase o familia del bien o servicio CTUCU en la ficha técnica
- Se publica el informe de requisitos habilitantes
- Aclaración: En la subasta electrónica las entidades podrán usar el SECOP o contratar una solución en caso de contar con una propia. En todo caso debe asegurarse autenticidad e integridad de los datos

- Aclaración: En la subasta electrónica los lances se deben registrar automáticamente sin participación alguna de la entidad
- Aclaración: En el curso de una subasta electrónica, en ningún caso se hará público el valor de las ofertas durante el desarrollo del certamen. El proponente sólo sabrá el puesto en el que se encuentra

Selección abreviada de menor cuantía:

- Reducción de plazos para presentar propuestas: de 10 a 5 días. El mismo plazo se usa para evaluar. Se imprime celeridad al trámite.
- En el evento en que no se presenten manifestaciones de interés se declara desierto el proceso
- Si se declara desierto el proceso de selección se adelantará uno nuevo pero sin que sea necesario hacer la publicación de los prepliegos de condiciones.
- La contratación de mínima cuantía puede ser soportada en facturas, órdenes de trabajo, o en intercambio de documentos escritos para darle flexibilidad a la operación contractual. No se requiere un contrato formal.

Concurso de Meritos:

- No hay plazos rígidos: cada entidad determina los plazos en los pliegos de condiciones.
- Los tipos de concurso de méritos son: abierto y con precalificación. Estos últimos pueden ser con lista corta o con lista multiusos.
- Listas multiusos: es la que resulta de la precalificación que haga la entidad de los interesados en participar en varios concursos de méritos determinados o determinables.

- Requisitos:
 - Los contratos de consultoría deben tener objeto común o similar,
 - Se exige una propuesta técnica simplificada.
 - Vigencia de la lista no podrá exceder de 6 meses
 - Deberá contener un mínimo de 25 integrantes.
- Cuando el costo de los servicios de consultoría sea inferior al 10% de la menor cuantía, puede contratarse de conformidad con lo señalado en el Manual de Contratación consultando las condiciones del mercado.
- Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos deberá ser aprobado por la entidad.
- Si el objeto principal es consultoría, se sigue el procedimiento de concurso, de forma que si también hay que adquirir bienes o servicios, esa parte de la oferta se califica teniendo en cuenta las condiciones de precio y calidad de conformidad con lo señalado para determinar el ofrecimiento más favorable a la entidad.
- No son consultorías los contratos celebrados para llevar a cabo labores de supervisión contractual que le son propias a la entidad: son contratos de prestación de servicios.
- Aclaración sobre cuándo se trata de Propuesta Técnica Detallada y cuándo Propuesta Técnica Simplificada:

- Si la entidad suministra en los requerimientos técnicos la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y cargas de trabajo para la misma= PTS
- Si los servicios de consultoría puedan desarrollarse con diferentes enfoques o metodologías= PTD
- Luego de dos intentos no se logra conformar una lista corta de al menos dos (2) proponentes, pero se logra habilitar uno (1), se podrá celebrar el contrato con dicho proponente.
- Se aclaran los criterios para la conformación de las listas cortas o multiusos; son:
 - (i) Experiencia general, relevante y suficiente,
 - (ii) Estructura y organización del interesado y
 - (iii) otros a juicio de la entidad
- En los estudios previos no se publicará el detalle de la estimación de costos; antes era potestativo.
- El concurso de méritos declarado desierto puede reiniciarse prescindiendo de la publicación de prepliegos. Si hubo conformación de lista corta se puede reutilizar.

Corredores de seguros:

Regla: sólo se puede contratar un intermediario de seguros

Excepción: si la necesidad lo amerita, se puede adjudicar a otro intermediario un ramo o grupo de ramos de seguros requeridos

La vinculación del intermediario se extiende hasta la fecha de vencimiento de los seguros expedidos o prorrogados con su intervención dentro de un mismo proceso de selección.

Contratación directa:

- Hay que hacer estudios y documentos previos completos para toda circunstancia, salvo la Urgencia Manifiesta.
- Desaparece el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión; se conserva una única categoría: el contrato de “prestación de servicios profesionales para el apoyo a la gestión”.
- Para adquisición de inmuebles, las entidades pueden participar en proyectos inmobiliarios, consultando las condiciones del mercado, prescindiendo del avalúo.

Nuevas disposiciones:

- Publicación de los contratos: sólo se publican en DO o Gacetas los contratos cuyo valor sea superior a 50 SMLM o superiores al 10% de la menor cuantía.
- Obligación de que las entidades cuenten con Manual de Contratación.
- Se reguló el procedimiento de imposición de multas de forma que el Manual de Contratación contenga reglas procedimentales que aseguren el debido proceso.
- Adjudicación a oferta única: si sólo se presentó una propuesta, y ésta cumple con los requisitos habilitantes y exigencias del pliego de condiciones.
- Regla de transición: Los procesos de selección que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentren abiertos podrán, ser ajustados mediante adenda a las nuevas previsiones contenidas en el presente decreto, o continuar hasta su culminación observando las normas previstas en el decreto 066 de 2008.

Revisado el análisis anterior sobre el decreto 2474 del 7 de julio de 2008 realizado por el Dr. González hacemos notar que el decreto 066 de 2008 fue derogado por este decreto, que no hace alusión al manejo del anticipo en cuenta separada, lo que permite que el contratista maneje estos recursos públicos a su criterio.

CAPITULO 2

ANALISIS Y DOCUMENTACION DEL CASO NULE, PARA IDENTIFICAR EL PROBLEMA CENTRAL EN EL DESFALCO QUE SE PRESENTO EN LA CONTRATACION DEL DISTRITO.

En el presente capitulo trataremos de documentar el reciente caso de corrupción que se presentó al interior de los procesos de contratación adelantados por el Distrito, para las obras de infraestructura de la ciudad de Bogotá.

Antes de iniciar nuestro relato y análisis es necesario definir que es la Administración Pública y cual es la naturaleza del Funcionario y Administrador Público, también analizar el papel que debe cumplir el estado y la sociedad para crear conciencia en sus funcionarios públicos y recobrar la credibilidad en la gestión pública.

Frente al flagelo de la corrupción consideramos que es un problema de estado y este es quien debe definir los controles para combatirla, pero también es un asunto de tipo social que debe arrancar como un entorno ético desde el seno de la familia y esto solo se consigue si se diseñan campañas de concientización y educación que nos permitan forjar Administradores Públicos honestos transparentes y comprometidos.

El artículo 209 de la Constitución Política en lo pertinente a la Administración pública establece: ***“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”***. De igual forma la Ley 80 define los principios que debe observar un administrador público en el ejercicio de sus funciones y con mayor razón en aquellas funciones relacionadas con la contratación pública. Artículo 23 Ley 80 ***“- Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se***

desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”.

Se deduce así que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado.

Ahora bien, es necesario también observar que responsabilidad recae sobre los particulares, pues existen ciertas obligaciones y responsabilidades que pueden hacerse extensivas aun a quien no obstante de manera directa la condición de servidor público. ***El artículo 52 de la Ley 80 de 1993 establece: “De la responsabilidad de los contratistas.- Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los término de Ley.”***

Quiere decir esto que los particulares asumen la responsabilidad y los efectos penales sobre sus actos cuando desempeñan funciones públicas.

Teniendo claro cuál es la función de la Administración Pública, del funcionario público y el papel que juegan los particulares al interactuar con el sector público, damos paso a la ilustración de lo que fue el más grande escándalo de corrupción que ha vivido nuestro país en los últimos años.

A partir del análisis de los delitos cometidos por los funcionarios implicados en este acto de corrupción y apoyados en la normatividad de contratación pública Ley 80 de 1993, sus reformas y decretos reglamentarios, trataremos de establecer las responsabilidades que recaen sobre los diferentes actores: El ente legislador, los funcionarios públicos, los contratistas del sector privado y los entes de control.

La historia del escándalo del carrusel de la contratación en Bogotá es la siguiente:

A finales del año 2007 los Hermano Guido y Manuel Nule se ganaron la licitación de uno de los tramos de la troncal de Trasmilenio de la calle 26, de acuerdo con testimonios de Miguel Nule estas licitaciones se ganaron con el concurso de los dos personas claves el Senador German Olano y el contratista Julio Gómez, estas dos personas lograron influenciar la adjudicación de esta licitación y cambio recibieron contratos por más de 1750 millones de pesos.

Afirma Miguel Nule “Le pedimos a Julio Gómez, quien entendíamos tenía afinidad con la señora Liliana Pardo (Directora del IDU) que nos apoyara, Julio Gómez manifestó que el de ahí (del contrato de 1750 millones) le pagaría un dinero a ella”. Por esta razón la procuraduría levanto cargos contra la Directora del IDU.¹³

La responsabilidad de los funcionarios Públicos

El funcionario público es una persona natural que asume funciones públicas y que en el ejercicio de esta función debe observar una conducta basada en principios de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad, transparencia y honestidad¹⁴, sin embargo en el caso que nos ocupa, es claro que estos conceptos se desconocieron por parte de los funcionarios públicos que participaron en el proceso de contratación del distrito, inicialmente al admitir sobornos por parte de los contratistas y en segundo lugar al permitir que los recursos entregados no cumplieran el objeto del contrato y simplemente fueran desviados a cubrir necesidades e intereses particulares.

El siguiente es un reporte del espectador donde se detallan los hallazgos de la Contraloría frente a los recursos entregados como anticipo al grupo empresarial Nule.

¹³ <http://www.semana.com/nacion/carrusel/150575-3.aspx>

¹⁴ Artículo 29 de la Ley 80 de 1993

“En un amplio informe de 60 páginas, la Contraloría General de la República analizó la mayoría de movimientos financieros que hicieron los Nule para apropiarse de parte del dinero de los anticipos de contratos que ejecutaron en Bogotá, como la calle 26 y obras de la malla vial. Allí queda consignado que del anticipo de \$81 mil millones que recibieron los Nule para las obras en Bogotá, mínimo \$24 mil millones se los gastaron en cosas ajenas a lo que estaba destinado el dinero o los desviaron cuentas en el exterior. Los confesos responsables del billonario peculado, al parecer, dispusieron de varios testaferros en paraísos fiscales para apropiarse del dinero público. (...) En el informe, la Contraloría presenta la lista de 87 empresas que hicieron parte de toda la red que conformó el Grupo Nule, las cuales también extendían su presencia en otros negocios al integrar consorcios, de los cuales ya hay 14 identificados. Una vez recibían el anticipo de obras, entre estas empresas se prestaban dinero para apalancarse financieramente. Sin embargo, a pesar del esfuerzo por seguirle el rastro al dinero, la Contraloría también aclara que no se encontraron registros contables que permitieran sustentar todas las operaciones de cada una de las empresas de Los Nule. Entre los que sí pudieron encontrar, “se identificaron gastos que no tenían relación de causalidad con los contratos que originaron cada anticipo, como gastos de viviendas, vehículos, pagos de tarjetas de crédito y giros al exterior”. Y agrega: “Se encontraron registros de obligaciones con gran cantidad de terceros, cuyo detalle no permite evidenciar el tipo de operación realizada con estos, que pueden ser indicio de captaciones ilegales de dinero”.¹⁵

Visto el anterior informe podemos entrar a analizar por que se permitió que estos recursos ingresaran a financiar toda clase de necesidades particulares contrariando de esta forma la finalidad y el espíritu que la Ley le otorgó a la figura del anticipo.

¹⁵ <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-272975-los-nule-lavaron-recursos-publicos>

¿Que paso con los anticipos entregados?

En el análisis normativo que se plantea en el capítulo 1 del presente ensayo podemos observar que inicialmente la Ley 80 de 1993, consagro la posibilidad de efectuar anticipos al contratista para facilitarle la financiación de los bienes o servicios objeto del contrato, sin que estos recursos pierdan su carácter público.

La siguiente ilustración nos muestra las modificaciones introducidas a la Ley 80 de 1993, respecto del manejo de los anticipos.¹⁶

<p>Ley 80 de 1993</p> <p>Artículo 40°.- .Parágrafo.- En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos pero su monto no podrá exceder del cincuenta (50%) del valor del respectivo contrato.</p>	<p>Decreto 2170 de 2002</p> <p>Artículo 7. El anticipo en las contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que se llegaren a producir pertenecerán al tesoro.</p>
<p>Ley 1150 de 2007</p> <p>Continúa vigente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.</p>	<p>Decreto 066 de 2008</p> <p>El Decreto 2170 fue derogado por el Decreto 066 de 2008, el cual elimina el manejo del anticipo en cuenta separada.</p>
	<p>Decreto 2474 de 2008</p> <p>El decreto 066 fue derogado por el Decreto 2474, que no hace alusión al manejo del anticipo en cuenta separada.</p>

¹⁶ Contraloría General de la República. Infraestructura en Colombia y las vicisitudes del régimen contractual. Contraloría Delegada para la Infraestructura Física y telecomunicaciones, Comercio Exterior y desarrollo regional. Septiembre 2 de 2011.

El anterior esquema nos permite observar como desde el propio órgano legislativo se introducen cambios normativos que finalmente permiten a los contratistas manejar estos recursos públicos a su criterio, toda vez que el decreto que exigía el manejo de la cuenta separada para los anticipos fue derogado en su totalidad.

Es muy usual que estas modificaciones que dejan vacíos en las leyes y que facilitan la malversación de los recursos públicos sean orquestados desde el sector privado tal y como lo explica transparencia por Colombia en su documento de trabajo Corresponsabilidad del sector empresarial y de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción.

“4. INFLUENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES ESTATALES. *El tema de la influencia del sector empresarial en la toma de decisiones estatales es considerado como un área de riesgo de corrupción importante según la percepción de empresarios y funcionarios públicos en Colombia. La presencia de corrupción en la influencia del sector empresarial sobre la toma de decisiones estatales tiene implicaciones negativas sobre la gobernabilidad, particularmente cuando la corrupción se expresa en la captura del Estado, definida como la influencia en la información de las reglas básicas de juego (leyes, decretos, regulaciones, sentencia) a través de pagos ilícitos y no transparentes a funcionarios públicos o cuando la corrupción se expresa en la influencia sobre gobernantes por la financiación política indebida. Esta situación representa un problema de interés público puesto que la gobernabilidad resulta fundamental en la creación y sostenibilidad de un entorno favorable para el desarrollo de su función.” (...)*

Al indagar sobre la incidencia de las diferentes formas de corrupción en el ámbito de los negocios en nuestro país, se encontró consenso entre los encuestados, quienes consideraron, la captura del estado como el principal problema de la corrupción (76% de los empresarios y 70% de los funcionarios públicos) Es importante mencionar que los niveles de captura de las autoridades legislativas, ejecutivas y territoriales registrados son superiores a otros países de la región, destacándose en Colombia la percepción de que los congresistas son los agentes que

en forma mas significativa permiten que intereses privados incidan indebidamente en sus decisiones..”¹⁷

¿Cuáles fueron los delitos cometidos?

Peculado por apropiación, concusión, falsedad en documento, cohecho y concierto para delinquir son los delitos por los que tendrán que responder los hermanos Nule y todos aquellos funcionarios públicos que directa o indirectamente participaron en este ilícito.

Empezaremos por ilustrar como se llevaron a cabo algunos de estos delitos y como los define la Ley.

Estos delitos se encuentran consagrados en el Código penal así:

PECULADO POR APROPIACION

“Artículo ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas del año”¹⁸

¹⁷

http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Estudios_informes/corresponsabilidad_sector_empresarial_ciudadania.pdf

¹⁸ Ley 599 de 2000 Código Penal

Frente a este delito los hermanos Nule aceptaron haber utilizado los dineros de los anticipos como fuente de ingreso para otros negocios diferentes a los de los contratos del Distrito, es esto lo que configuró el peculado por apropiación, pues son ingresos públicos destinados a cubrir los costos de inversión de las obras públicas contratadas por el distrito

De otro lado el informe 596826 del CTI, elaborado el 31 de marzo del 2011, señala que en un contrato ganado por los Nule en unión con la firma Consco se registró un anticipo de 1.750 millones de pesos, correspondiente al 30 por ciento del valor del negocio. **Esa plata, dice la Fiscalía, no se usó en lo que tenía que emplearse: las obras de la malla vial.** Mauricio Galofre, socio de los Nule, aceptó en un interrogatorio que el dinero fue utilizado "para el pago de comisiones".¹⁹

DELITO POR CONCUSION

ARTICULO 404. CONCUSION. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.²⁰

Por delito de concusión fue acusado el Contralor de turno, al haber servido de enlace en la negociación de dadivas y comisiones a cambio de la entrega de obras viales. , la Procuraduría lo destituyó e inhabilitó por 20 años, al encontrarlo responsable de faltas disciplinarias graves

¹⁹ <http://m.eltiempo.com/justicia/las-cinco-pruebas-reina-en-el-caso-nule/9148429>

²⁰ ibid 14

en el ejercicio de su cargo, en casos relacionados con la contratación en Bogotá. Junto con él fue inhabilitado por espacio de 15 años un senador de la República

..

DELITO POR COHECHO

ARTICULO 405. COHECHO PROPIO. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cinco(5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.²¹

Tanto los funcionarios públicos como los contratistas fueron acusados de este delito, toda vez que permitieron que sus intereses particulares primaran sobre los intereses del estado, al prestarse a ofrecer por un lado dadas y comisiones de parte de los contratistas y por parte de los funcionarios públicos al olvidarse de su compromiso institucional amañando los procesos contractuales para favorecer a unos pocos a cambio de retribuciones económicas.

DE LA CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

Delito consagrado en los artículos 409 y 410 del Código penal, que sanciona las acciones del servidor público que manipule los procesos contractuales a beneficio propio y que realice contratos sin la observancia de los requisitos legales.

De este delito fueron acusados, sancionados y penalizados tanto la Directora del IDU como sus más cercanos colaboradores, entre los cuales se encuentra su asesor jurídico.

²¹ Ibid 14

FALSEDAD EN DOCUMENTO

Delito consagrado en el Capítulo III “DE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO” del Código penal. Sanciona las personas que falsifiquen documentos probatorios tanto de carácter público como privado así como aquel servidor público que conociendo los hechos de un documento que no cumple los requisitos legales calla para favorecer a un tercero.

“El grupo Nule se ganó el contrato 137 del 2007 en el último mes de la alcaldía de Luis Eduardo Garzón. Era el tramo más importante de TransMilenio por la calle 26, que quedó en su firma Unión Temporal Transvial, por 315.000 millones de pesos. Según la Fiscalía, se adulteraron documentos de al menos dos compañías. Uno de los directivos del grupo afirma que el uso de socios extranjeros fue la puerta perfecta a la falsificación de certificados de experiencia y estados financieros. Y aseguró que funcionarios del IDU lo sabían y nunca hicieron nada.”²²

Qué papel jugaron las entidades de Control en este ilícito.

Frente al tema podríamos decir que la corrupción se ha proliferado entre otras razones por la ausencia o pobre funcionamiento de los sistemas de planeación y control en la Administración pública.

La metodología y los criterios de control externo adolecen de herramientas que permitan una labor de seguimiento, investigación y evaluación, tanto para el desarrollo del control mismo, como para el sistema de control externo como tal. El mismo estado ha reconocido que los recursos con que cuenta para esta labor son precarios pero, que como si esto no fuese significativo, se confía en procesos manuales, archivos y documentos que impiden una labor más coordinada de los organismos de control, a lo cual se suma la constante queja sobre la falta de idoneidad en los funcionarios que la desempeñan, una excesiva discrecionalidad en la conducción de las investigaciones y la politización del control mismo. Es decir, no hay recursos

²² Ibid 15

que permitan garantizar al sistema que sus entidades puedan cumplir con su labor para que se guíen más por ellas mismas que por los individuos que la conforman.²³

En el caso Nule podríamos decir que ocurrieron muchos eventos irregulares a expensas de las entidades de control, pareciera que el aparato de control del estado en este caso no estuvo presente,

²³ *Ibíd.* 3

CAPITULO 3

DETERMINAR LOS VACIOS QUE AUN PERSISTEN EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL, QUE NO FUERON CONTEMPLADOS EN EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN LEY 1474 DE 12 DE JULIO 2011.

El estatuto anticorrupción nace como una respuesta a un sin número de escándalos que cada día vemos en los titulares de los periódicos y que han venido deteriorando aún más la imagen de las administración pública y del estado en general, puesto que se han visto afectado servicios tan fundamentales como la salud, las obras pública, concesiones mineras, programas de incentivos al sector agrícola entre otros, es por esta razón que el gobierno Santos se ve obligado a plantear a través del estatuto Anticorrupción la necesidad de crear una ley con fundamentos más coercitivos y sancionatorios, que vinculen al sector privado y lo hagan responsable de sus actuaciones frente a la administración pública, haciendo extensivo a ellos este estatuto anticorrupción.

A continuación presentamos la exposición de motivos de la ley anticorrupción elaborada por el Dr. German Vargas Lleras:

“La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos porque afecta de manera negativa los niveles de crecimiento económico y disminuye su capacidad para atender las obligaciones frente a los ciudadanos. Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales ha expedido leyes y decretos tendientes a perseguir los actos de corrupción y a sus actores.

Pese a estos esfuerzos, el Barómetro Mundial de la Corrupción realizado por Transparencia Internacional, para el año 2009, ubica al país en el puesto 74 entre 189 países objeto de evaluación. Calificación que demuestra que es necesario reformular y fortalecer la política anticorrupción en Colombia y que debemos focalizar medidas en sectores específicos para que la política diseñada e implementada logre ser eficaz en la lucha contra la corrupción.

Quiero señalar que los instrumentos de lucha contra la corrupción con que ha contado el país han sido útiles y sus resultados satisfactorios, pero este fenómeno es dinámico y sus manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, se hacen cada vez más sofisticadas y difíciles de detectar.

La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada.

El Estatuto fue elaborado a partir de una mesa técnica de la cual hicieron parte la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República, por parte de los órganos de control. En representación del Gobierno Nacional tuvo asiento el Ministerio del Interior y de Justicia, el Departamento Nacional de Planeación y el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia y de Lucha contra la Corrupción y como representantes de la sociedad civil acompañó el trabajo, Transparencia por Colombia.

Con el objetivo de salvaguardar la gestión estatal, la ley introduce medidas que incentivan actuaciones honestas por parte de los servidores públicos y los particulares. Se incluyen previsiones novedosas como la dependencia directa de los jefes de control interno de las entidades del sector central, de la Presidencia de la República.

Además, se establece un régimen de inhabilidades no solo como medida sancionatoria para aquellos que atenten contra la administración pública, sino también para garantizar transparencia dentro de los gobiernos. Así, para hacer efectivo que las personas elegidas en cargos uninominales sean independientes de los intereses de sus financiadores de campaña, se incluyen inhabilidades para los contratistas, ya sean personas naturales o jurídicas.

En el sector de la salud, se aprobaron disposiciones dirigidas a evitar los abusos hacia el Sistema General de Seguridad Social. Se promueve su sostenibilidad a través de un mejor control y vigilancia por parte del Estado. Así mismo, como atentar contra el sistema de seguridad social integral es atentar contra la vida de todos los ciudadanos, se establecen causales de agravación punitiva para estas conductas.

De igual manera, el Estatuto Anticorrupción incluye medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada para prevenir e incentivar la intolerancia hacia este fenómeno. Es así como se pondrá fin a los beneficios para los corruptos al acabarse con los subrogados penales para ellos, y aumentar los términos de prescripción para las investigaciones de los delitos de corrupción y en los procesos fiscales y disciplinarios. El tráfico de influencias de particulares será sancionado y el cohecho transnacional que produce distorsión en la competencia del comercio internacional será penalizado.

De igual manera, en la ley se fortalecen los procedimientos y los órganos de control junto con las instancias judiciales para facilitar el avance de las investigaciones y reducir los tiempos en que se desarrollan.

La ley establece medidas pedagógicas y de formación que hacen que la política anticorrupción sea permanente y promueve la construcción de una cultura de la legalidad. De esta manera, se fortalece la participación de la ciudadanía a través del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano.

Otra novedad en la ley es la de crear herramientas de lucha contra la corrupción desde diferentes frentes del Estado y de la sociedad, para lo que se vincula a los particulares a través de la Comisión para la Moralización y de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

En síntesis, el Estatuto Anticorrupción es una normativa integral. Incluye medidas novedosas producto del conocimiento sobre el fenómeno de la corrupción en Colombia, que sigue recomendaciones internacionales y que debe generar un nuevo clima para los negocios entre los particulares y la gestión pública.

Las herramientas jurídicas que se entregan a los órganos de control del Estado son disuasorias, dada su capacidad de impacto frente a los corruptos. Eliminar la corrupción, que es el propósito final de esta Ley, significa mayores recursos para atender las necesidades de los colombianos y tener una sociedad más próspera, pues se emplean de manera eficiente, se aumenta la cobertura y democratiza el acceso a los servicios del Estado.”²⁴

El estatuto Anticorrupción modifica el Estatuto General de Contratación Pública (L. 80/93 y L. 1150/07); el Código Único Disciplinario (L. 734/02); el Código Penal (L. 599/00); el Código de Procedimiento Penal (L. 906/04); el Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas (L. 87/93); la Ley de Acción de Repetición (L. 678/01); el Régimen de la Administración Pública (L. 489/98); la Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de contador público, y la reciente reforma a la salud (L. 1438/11)., y de acuerdo con esto los siguientes son los puntos más relevantes de la ley anticorrupción:

La intención del Estatuto es, entonces, loable, y los objetivos están claros. Pero veamos su contenido y tratemos de medir sus posibilidades de eficacia. Los elementos normativos básicos son los siguientes:²⁵

1) Inhabilidad para contratar con el Estado, cuando la persona natural o jurídica haya sido declarada responsable por la comisión de delitos contra la administración pública.

2) Inhabilidad para contratar con el Estado cuando se trate de personas que financiaron campañas políticas.

²⁴ German Vargas Lleras. Ministro del interior y Justicia. República de Colombia. Ministerio del interior y de justicia.

²⁵ José Gregorio Hernández Galindo. El nuevo estatuto Anticorrupción. Política y Gobierno. Lunes, 18 de julio de 2011

3) Prohibición a los ex servidores públicos de prestar servicios, asesorías o apoyo, o de ser contratados en asuntos relacionados con las funciones que tenían a su cargo.

4) Inhabilidad de ex empleados públicos para contratar directa o indirectamente con el Estado, por un término de dos años contados desde el retiro, cuando el objeto del contrato tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

5) Prohibición a los contratistas de celebrar contratos de interventoría con las entidades con las cuales contrataron.

6) Competencia para incoar la acción de repetición del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7) Responsabilidad de los revisores fiscales [\[3\]](#).

8) Eliminación del secreto profesional respecto de actos de corrupción. Así lo dispone el nuevo Estatuto al afirmar (artículo 7): “En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional”. Pese a su buena intención, en mi concepto esta norma es inconstitucional. Desconoce abiertamente el artículo 74 de la Carta, que perentoriamente dispone: “El secreto profesional es inviolable”.

9) Los artículos 11 y siguientes de la Ley establecen que las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que se generen fraudes en el sistema de seguridad social en salud [\[4\]](#).

10) Ninguna entidad prestadora de servicios de salud, en cualquiera de sus modalidades, incluidas las cooperativas, podrá hacer donaciones a campañas políticas o actividades que no tenga relación con el servicio.

11) Se crea el “Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas Financieras y de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, que permita la identificación oportuna, el registro y seguimiento de conductas que pongan en riesgo los recursos del sector, el cual recordémoslo está protegido constitucionalmente en cuanto hay derechos fundamentales de por medio.

12) Exclusión de beneficios y subrogados penales en casos de condenas por corrupción [5].

13) Ampliación del término de prescripción de la acción penal.

14) Nuevas circunstancias de agravación de la pena.

15) Creación del delito de corrupción privada [6].

16) Se establece una nueva figura delictiva denominada “Administración desleal”, respecto de sociedades privadas [7].

17) Se penalizan con mayor rigor conductas como el uso indebido de información privilegiada, la especulación con medicinas y dispositivos médicos, el agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos, la evasión fiscal, el peculado por aplicación oficial diferente y el peculado culposo frente a los recursos de la seguridad social.

18) Se estipula el delito denominado “fraude de subvenciones”, que nos trae a la memoria el escándalo de Agro Ingreso Seguro [8].

19) Se penalizan los acuerdos restrictivos de competencia, que en realidad corresponden muchas veces a verdaderas modalidades del concierto para delinquir [9].

20) Sobre el “tráfico de influencias de particular” se prevé: “El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que éste se encuentre

conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

21) Se agravan las penas para el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional, el soborno y el soborno en actuación penal, respecto de las que hoy consagra el Código Penal (Ley 599 de 2000).

22) Las personas jurídicas quedan sujetas a un riguroso control en cuanto estimulen o puedan resultar beneficiadas por actos de corrupción.

23) Además de lo anterior, las entidades estatales perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en un delito contra la administración pública o contra el patrimonio público.

24) La Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas cuando con el consentimiento del representante legal o de alguno de los administradores de una persona jurídica o con la tolerancia de los mismos, ella haya participado en la comisión del ilícito.

25) En los procesos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos respecto de los cuales proceda la detención preventiva, se duplican los términos cuando sean tres o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

26) En estos mismos procesos será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce.

27) Se restringe la posibilidad de la detención domiciliaria cuando se trata de ciertos delitos [10].

28) Se otorgan nuevas atribuciones en materia disciplinaria al Procurador General de la Nación y se amplían los términos para la actividad de control disciplinario.

29) Los asesores y consultores externos de las entidades públicas responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades.

30) En materia de anticipos se consagra la regla siguiente: en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que ellos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato, salvo que este sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

31) Se extiende el sistema de procesos verbales, hoy aplicado en la Procuraduría, a la Contraloría General.

32) La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria.

33) La acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

34) Se crea la Comisión Nacional para la Moralización, bajo la dirección del presidente de la República [11].

35) En cada departamento, además, se instalará una Comisión Regional de Moralización encargada de poner en marcha los lineamientos de la Comisión Nacional y de coordinar las respectivas acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción.

Como lo hemos analizado durante el cada uno de los capítulos este ensayo, nos damos cuenta, que leyes se han creado muchas y todas enfocadas a eliminar la corrupción en nuestro país, sin embargo, esto no ha detenido a los corruptos y cada vez se empeñan como lo decía el Dr. Germán Vargas Lleras *“La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan.”* En la exposición de motivos del estatuto anticorrupción..

De acuerdo con esto, también sabemos que las disposiciones legales nunca tienen un efecto mágico como para modificar situaciones, tendencias o costumbres que se encuentran arraigadas en nuestra sociedad. si por esto fuera Colombia sería una sociedad perfecta, pues nuestro país se caracteriza por normalizar todo lo que nos puede afectar en algún momento de nuestra historia, también reconocemos que la ineficacia del sector público y los malos manejos del sector privado, no se trata solo de normas sino de las personas, pues dentro de todo el proceso de este ensayo evidenciamos que se debe a fallas humanas y el concurso de todas aquellas personas que desde su perspectiva, en lo único que han pensado es el su bien particular y luchan contra toda una estructura para lograr sus objetivos.

Es por esta razón, que lo único que nos queda es que todos estos correctivos no se queden en el papel y que los procesos penales, las actuaciones disciplinarias, y los juicios fiscales se ejecuten como es debido, respetando el debido proceso y el derecho a la defensa, para que se

haga justicia en nuestro país y realmente se defienda el patrimonio de nuestra nación y se castigue ejemplarmente a quienes estén implicados en casos de corrupción.

En el siguiente cuadro se ilustra los delitos que castigara el estatuto anticorrupción en el sector privado, que como sabemos es primordial, pues para que haya corrupción se necesita de dos, quien propone (sector privado) y quien dispone (sector público):

DELITOS QUE CASTIGARÁ EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN			
Los actos de corrupción en el sector privado castigarán a trabajadores, socios, accionistas y directivos. También se aumentan las responsabilidades del revisor fiscal.			
Estos son algunos delitos castigables:			
Corrupción Privada	Administración Desleal	Utilización indebida de información	Utilización indebida de información
Quien prometa, ofrezca o conceda cualquier beneficio no justificado	Quien disponga deslealmente de los bienes de la sociedad	Sacar provecho para sí o para un tercero y hacer uso indebido de información	Sacar provecho para sí o para un tercero y hacer uso indebido de información
a	¿Quiénes?	¿Quiénes?	¿Quiénes?
Directivos Administradores Empleados Asesores	Directivos Socios Administradores Empleados Asesores	Directivos Empleados Asesores Miembros de Junta órgano de administración	Directivos Empleados Asesores Miembros de Junta órgano de administración
en	en	en	en
Sociedades Asociaciones Fundaciones	Sociedades	Sociedades	Cualquier Entidad
Penalidad	Penalidad	Penalidad	Penalidad
4 a 8 años	4 a 8 años	1 a 3 años	1 a 3 años
Multa	Multa	Multa	Multa
10 -1000 s.m.m.l.v	10 -1000 s.m.m.l.v	5 -50 s.m.m.l.v	5 -50 s.m.m.l.v

CONCLUSIONES

En toda sociedad debe primar el interés general, por que las funciones que le han sido asignadas al Estado y en particular a la Administración pública se ejecuten de acuerdo a un sistema jurídico, fundamentado en normas éticas, legítimas y válidas, que deben ir de la mano con los derechos constitucionales, más aun en un estado democrático como el nuestro en el que la sociedad tiene participación activa y desde su ámbito puede generar procesos de veeduría y control sobre las actuaciones del estado y sus funcionarios, siendo esta la característica de los estados democráticos, el control sobre el ejercicio de las funciones públicas.

El actuar político en nuestra sociedad debería ser una acción desinteresada, comprometida y de servicio en beneficio del interés público y no de un interés particular viciado por ambiciones de fortuna y de poder, siendo esta la mayor causa de la corrupción en Colombia. Cuando el poder político permea las instituciones gubernamentales, se inicia una cadena de corrupción sistemática que puede apreciarse en la apropiación y distribución de cargos públicos a conveniencia, asignación de contratos, manejo indebido de los recursos públicos y favorecimiento de intereses particulares a costa del bienestar general de la ciudadanía.

Es por estas razones que consideramos que las campañas políticas deben tener un ingrediente de veeduría y control de todas las organizaciones de nuestra sociedad y una correcta legislación frente al tema, que garantice transparencia en los procesos electorales, para que la elección de nuestros gobernantes y aquellos que serán administradores y ejecutores de los recursos públicos lo hagan en beneficio de la sociedad y no con la visión de sacar provecho económico de su estatus. Esperamos que las últimas elecciones de gobernadores y alcaldes que se llevaron a cabo en el presente año, hayan sido la legítima elección de los votantes y que aquellos que entraran a gobernar el destino de nuestras regiones

y la ejecución de los recursos asignados sepan invertirlos en función del beneficio y la prosperidad de aquellos que los eligieron.

De otro lado debemos mencionar la participación activa que debe tener la sociedad civil y los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción pues es desde allí, donde deben surgir las denuncias a los actos corruptos y el llamado a los entes de control para que ejerzan sus funciones de fiscalización y control preventivo.

Un control político también se puede y se debe establecer a través de las llamadas rendiciones de cuentas de las entidades gubernamentales creadas por La Ley 489 de 1998, y reglamentadas por los Decretos 1677 de 2000 y Decreto 2740 de 2001, como un espacio de interlocución entre los servidores públicos y la ciudadanía, mediante las cuales se ejerce un control, social a la gestión y los resultados de la Administración Pública.

Con respecto a la corrupción en los procesos de contratación pública, a través de esta investigación se puede observar , que a pesar de todas las reformas introducidas al Estatuto de Contratación para la unificación de criterios y estandarización de los procesos contractuales y a pesar del empeño que instituciones pertenecientes a líderes de opinión, medios de comunicación, organismos multilaterales de crédito y organizaciones no gubernamentales en aras de lograr la transparencia, la honestidad y las buenas prácticas empresariales se siguen presentado problemas estructurales tal y como lo explica transparencia por Colombia en el siguiente artículo:

“Se siguen identificando problemas graves en el Estatuto General de Contratación, pues este no es exclusivo y si posee muchas excepciones, el Estatuto debería haber acogido un principio básico donde toda entidad que maneje recursos públicos debería estar sujeta al régimen general de contratación y en casos en los cuales debido a la naturaleza y funciones de la entidad esto no sea posible las adquisiciones de bienes y servicios, deberían observar como

*mínimo, principios de selección objetiva y de publicidad, y aplicar lo dispuesto por la Constitución Política en cuanto a los principios de la función administrativa.”*²⁶

Esta multiplicidad de regímenes especiales dificulta en gran medida la participación de los proveedores viables en los procesos de adquisición, y lo que es peor desvirtúa totalmente el control ciudadano, pues en una cultura como la nuestra en donde son pocos los llamados a estudiar las normas, la diversidad de las mismas hacen que su estudio y entendimiento sea mucho mas complicado por el ciudadano común, dejando los vacíos que hacen posible en gran medida la corrupción o la utilización de las normas para un beneficio particular. Ahora bien, la problemática no solo se queda en el control ciudadano, si no que, los funcionarios y ciudadanos que entienden bien las mismas se valen de estas para saltar de una a otra y de esta forma amparar legalmente sus objetivos particulares.

Al realizar este estudio nos damos cuenta, que la contratación administrativa es una de las áreas más sensibles frente al flagelo de la corrupción, identificando algunos puntos claves.²⁷

- Direccionamiento del Pliego de Condiciones o términos de referencia.
- Aclaraciones, adiciones y adendas que obran en contravía del interés general.
- Fraccionamiento técnico de la contratación.
- Monopolio de Contratistas que pueden significar preferencia indebida.
- Ausencia de reglamentación para fijar precios.

²⁶ Contratación Estatal: transparencia y eficiencia. Economía Colombiana. Edición 321 Octubre 26 de 2007.

²⁷ República de Colombia Departamento Administrativo de la Función pública, “Riesgo de la Corrupción en la Administración Pública” Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2000.

- Urgencia manifiesta mal invocada que termina por permitir u obviar las responsabilidades contractuales.
- Contratos con cooperativas para eludir trámites contractuales, generando, además, situaciones de riesgo en la seguridad de los recursos.
- Irregular uso del contrato de prestación de servicios.
- Compañías ficticias o de papel que pueden encubrir acuerdos fraudulentos.
- Interventorías laxas y poco objetivas que pueden entrañar actos corruptos.
- Delegación para la contratación que puedan generar malos manejos y exceso de discrecionalidad a quien los ejerce.
- Caos presupuestal que afecta la programación contractual.
- Contratos interadministrativos que flexibilizan el manejo contractual y entrañan riesgos de amaño en el manejo de los mismos.
- Conciliaciones que pueden conllevar acuerdos indebidos.

En consecuencia podemos concluir que aún existen muchos vacíos en el Estatuto de contratación. “En razón a la falta de claridad en los conceptos, la ausencia de lineamientos, metodologías, condiciones generales y sobre todo ante la ausencia de un ente central que coordine el desarrollo de los parámetros legales e indique de manera uniforme criterios para la prevalencia del orden contractual, lo que genera inseguridad jurídica para el estado, para los servidores públicos y para aquellas personas interesadas en contratar con el sector público. En

muchos casos esta situación de caos crea condiciones propicias para la corrupción de quienes se aprovechan de estas falencias institucionales.”²⁸

Finalmente creemos que se debe reforzar la educación de la sociedad, solo así se podrán rescatar los valores éticos, cívicos y morales de las personas, y de esta forma lograr un mejor país donde se imponga la cultura de la transparencia y la honestidad, pues la ausencia de una cultura ciudadana frente a los temas y asuntos el manejo del estado y la trascendencia de las decisiones que toman quienes lideran nuestro país hace que se pierda el control que debe ejercer el ciudadano como usuario y potencial beneficiario de la acción pública.

Este control social es realmente útil para la gestión pública a través de los sistemas de veedurías que obligan a los distintos administradores a suministrar información sobre sus actuaciones respecto del manejo y razonabilidad de los recursos públicos y en términos generales el cuestionamiento sano a quienes hemos decidido colocar como líderes a través del sufragio.

²⁸ Departamento Nacional de Planeación, Misión de Contratación. Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Giro Editores Ltda. Julio 2002

BIBLIOGRAFIA

Ley 80 del 28 de octubre 1993 “Por medio de la cual se expide el Estatuto General de la Contracción Estatal”.

Ley 190 de 1995. “.por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa “

Decreto 2170 30 de septiembre de 2002 “Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”

Ley 1150 del 16 de julio 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”.

Decreto 066 16 enero de 2008 “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”

Decreto 2474 julio 7 de 2008 “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Ley 1474 del 12 julio 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.

Mauricio Cárdenas y Roberto Steiner (Compiladores) Corrupción, crimen y justicia, una perspectiva económica, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Fedesarrollo, la CEA y Colciencias, 1998-

Republica de Colombia Departamento Administrativo de la Función pública, “Riesgo de la Corrupción en la Administración Pública” Bogotá, Tercer Mundo Editores, 2000.

GONZALO SUAREZ BELTRAN, Asesor externo del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual se analiza el decreto 2474 de 2008 que derogo al decreto 066 de 2008.

Jorge, “La cuestión ética en el sector público. Discurso y praxis”, artículo citado.

Contraloría General de la República. Infraestructura en Colombia y las vicisitudes del régimen contractual. Contraloría Delegada para la Infraestructura Física y telecomunicaciones, Comercio Exterior y desarrollo regional. Septiembre 2 de 2011.

Ley 599 de 2000 Código Penal

Germán Vargas Lleras. Ministro del interior y Justicia. República de Colombia. Ministerio del interior y de justicia.

José Gregorio Hernández Galindo. El nuevo estatuto Anticorrupción. Política y Gobierno. Lunes, 18 de julio de 2011

Departamento Nacional de Planeación, Misión de Contratación. Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Giro Editores Ltda. Julio 2002

CIBERGRAFIA

Exposición de motivos de la ley 80 de 1993,

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>, octubre 1 2011, 20:30 PM

Exposición de motivos de la ley 90 de

1995, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593#0>

http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma_temas.jsp?i=5798

http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma_temas.jsp?i=28244

http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Estudios_informes/corresponsabilidad_sector_empresarial_ciudadania.pdf

<http://m.eltiempo.com/justicia/las-cinco-pruebas-reina-en-el-caso-nule/9148429>