

**EL SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SECOP) Y LOS
PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y EFICIENCIA CONTRACTUAL.
EL CASO DE CENTROS POBLADOS**

JONATHAN ALEXANDER TARQUINO



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Maestría En Derecho Administrativo

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2022

**EL SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (SECOP) Y LOS
PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y EFICIENCIA CONTRACTUAL.
EL CASO DE CENTROS POBLADOS**

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en
Derecho**

Director: Adrian Zeballosf



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Maestría En Derecho Administrativo

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2022

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	1
Abstract.....	1
Introducción	3
Objetivos	6
OBJETIVO GENERAL	6
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	6
Justificación.....	7
Metodología.....	8
Capítulo I.....	10
1. Los antecedentes y fundamentos del SECOP.....	10
1.1. LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA.....	10
1.1.1. Algunas precisiones sobre la corrupción administrativa.	10
1.1.2. La corrupción en la contratación pública.....	14
1.1.3. Algunos ejemplos de corrupción en la contratación pública.	16
1.2. LA LUCHA INSTITUCIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN	20
1.2.1. Expedición de una normatividad amplia.....	20
1.2.2. La actividad de los Organismos de Control.....	22
1.2.3. El papel de la Fiscalía general de la Nación en la lucha contra la corrupción.....	25
1.3. LA CREACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	28
1.3.1. Antecedentes del SECOP.....	28
1.3.2. Fundamentos normativos vigentes del SECOP.	30
1.3.3. El papel de Colombia Compra Eficiente.	33
Capítulo II	37
2. El SECOP y los principios de transparencia, publicidad y eficiencia contractual.....	37
2.1. LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	37

2.1.1. El contenido de los principios.....	38
2.1.2. El concepto de ponderación.	39
2.1.3. Ponderación y proporcionalidad.	43
2.2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	46
2.2.1. Sobre los principios constitucionales.....	46
2.2.2. Los principios de la función administrativa.....	49
2.2.3. Los principios contractuales.	52
2.3. EL SECOP Y LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y EFICIENCIA	55
2.3.1. El principio de transparencia.	55
2.3.2. El principio de publicidad.....	59
2.3.3. El principio de eficiencia.	61
Capítulo III.....	63
3. El caso de Centros Poblados.	63
3.1. UNA DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CASO.....	63
3.1.1. Algunos antecedentes.....	63
3.1.2. Licitación pública y publicidad de la contratación.	65
3.1.3. Evaluación de ofertas y adjudicación.	68
3.2. EL CONTRATO, LA EJECUCIÓN Y LOS SÍNTOMAS DE CORRUPCIÓN	74
3.2.1. La firma del contrato 1043 de 2020 y su publicación en el Secop II.....	74
3.2.2. Actuaciones del Ministerio.	75
3.2.3. La intervención del Ministerio Público.....	77
3.2.4. La caducidad del Contrato 1043 de 2020.	78
3.3. INVESTIGACIONES Y PROCESO PENAL	79
3.3.1. La falsedad en las garantías bancarias.	79
3.3.2. La imputación de cargos.	81
3.3.3. El destino del anticipo.....	83
Análisis de resultados	85
Conclusiones	88
Referencias y bibliografía	92

Resumen

El propósito de este trabajo fue analizar el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) en perspectiva de la optimización de los principios de transparencia, publicidad y eficiencia en la contratación pública en Colombia. Para lograr el objetivo fue necesario acoger una metodología cualitativa con un enfoque socio jurídico y analítico. Pudo evidenciarse que el SECOP es una herramienta que optimiza los principios de la contratación estatal, especialmente los de publicidad, transparencia y eficiencia, ya que permite el conocimiento público y facilita la gestión de la actividad contractual.

A partir de este hallazgo se afirma, igualmente, que sirve como una estrategia temprana y efectiva para advertir y controlar la corrupción. En el caso Centros Poblados el SECOP evidenció que se hicieron públicas las etapas y actuaciones respectivas, en los plazos estimados y de conformidad con la normatividad vigente. El problema radicó, especialmente, en la incapacidad y negligencia de los funcionarios del MinTIC, los cuales no advirtieron a tiempo la presencia de actos de corrupción en el proceso contractual, incluso desde la misma constitución de la Unión Temporal Centros Poblados.

Palabras clave: Contratación, corrupción, principios, derecho administrativo, contratación.

Abstract

The overall objective of this present work was to analyze the Electronic System of Public Procurement "by its acronym in Spanish (SECOP)" from the perspective of optimization in transparency principles, publicity, and efficiency in public contracting in Colombia. To achieve

this goal, it was necessary to adopt a qualitative methodology with a socio-legal and analytical approach. It made evident that "SECOP" is a tool that optimizes the principles of state contracting, especially those of publicity, transparency, and efficiency since it allows public knowledge and facilitates the management of the contractual activity.

In the wake of that discovery, it is stated that it serves as an early and effective strategy to warn and control corruption. In the case of Populated Centers, "SECOP" evidenced that the respective stages and actions were made public within the estimated timeframes following current regulations. The problem lay, especially, in the incapacity and negligence of the "MinTIC" officials, who did not notice on time the presence of acts of corruption in the contractual process, even from the very constitution of the Temporary Population Centers Union.

Keywords: Contracting, corruption, principles, administrative law, contracting.

Introducción

La efectividad de los fines esenciales del Estado se logra a través de la actividad institucional, especialmente a través de la contratación pública. En efecto, dicha actividad contractual facilita la adquisición de bienes y servicios que la administración necesita para desarrollar las funciones constitucionales y normativas, que finalmente se traducen en el aseguramiento de la prestación de los servicios públicos y en la eficacia de los derechos humanos y fundamentales.

Para llevar a cabo la contratación, el Estado debe hacer una erogación de recursos, que por lo general obedecen a las necesidades de las entidades y organismos del Estado. Esa cantidad de riqueza destinada a la satisfacción de las necesidades de la administración es atractiva para algunas autoridades y privados, los cuales, en una ausencia total de transparencia y moralidad, deciden apropiarse ilegítimamente de dichos recursos. A dichos fenómenos se los conoce generalmente como corrupción contractual.

A nivel general, algunos estudios como los de Transparencia Internacional (2021), Colombia es uno de los países donde la corrupción logró cooptar ampliamente la institucionalidad, situación que produce efectos directos en la actividad administrativa (De justicia, 2017). Esto es de algún modo comprensible, sobre todo si tenemos en cuenta que dichos recursos son los que proporcionan los bienes y servicios que necesita la administración para su operación y para lograr los fines esenciales.

La Corte Constitucional de Colombia insiste en que en la contratación estatal “está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las

finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares” (CC. C-499/15, 2015); por tanto, los actos de corrupción conllevan consecuencias nefastas para el interés general y el bien común. De ahí deriva la necesidad de adoptar los mecanismos necesarios para enfrentar dicho fenómeno.

En este punto sería pertinente preguntar ¿qué pasa con las medidas anticorrupción? La respuesta está parcialmente en la inoperancia de los organismos de control y de la ineficacia de las normas expedidas para tal fin. Este argumento lo respalda Álvarez, para quien “los delitos contra la administración pública se han edificado, idealmente sobre la ineficacia de las normas que son incumplidas o inobservadas; por tanto, se ha faltado al cumplimiento de mandatos de derecho administrativo y de derecho constitucional” (2007, p. 206).

Ejemplos recientes de corrupción contractual son el caso Reficar, Odebrecht, la contratación directa en el marco de la pandemia y el caso de Centros Poblados.

Para confrontar esta lamentable situación el Estado ha diseñado e implementado ciertas medidas normativas, institucionales y estratégicas, algunas de ellas sin lograr eficacia. Ciertamente las normas carecen de aplicación y efectividad, los organismos de control no operan u operan selectivamente y la mayoría de estrategias han fracasado por falta de coordinación y logística. Pero no todo es negativo, dentro de éstas puede rescatarse, con todo y las críticas muy bien fundamentadas, que el Estado ha pretendido potencializar los principios de la contratación estatal, especialmente los de publicidad y transparencia a través de la creación de entidades especializadas que tienen como misión formular políticas públicas y diseñar mecanismos para hacer de la contratación pública un campo seguro y transparente. Se resalta, dentro de estas instituciones, al Departamento Administrativo Colombia Compra Eficiente (Decreto 4170, 2011).

Así mismo, a través de la Ley 1150 de 2007 se creó el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), con dos propósitos especialmente: el primero en función de materializar el principio de publicidad, permitiendo el acceso a la información y documentos de manera libre; el segundo para facilitar la transacción contractual de manera ágil. En esa perspectiva, según lo señala Rincón, se ha pasado de un sistema de vigilancia a un “Portal Único de Contratación” (2009, p. 185). Es precisamente esta plataforma y su relación con los principios contractuales la unidad de estudio en este trabajo.

De conformidad con el anterior planteamiento se formula el problema de la siguiente forma: ¿De qué manera el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) optimiza los principios de transparencia, publicidad y eficiencia en la contratación pública en Colombia? La respuesta a la pregunta de investigación se genera en el siguiente sentido: El Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) contribuye a la prevención y control de la corrupción contractual en Colombia desde dos frentes: el primero es facilitando el acceso de la ciudadanía para que ésta conozca la información y los documentos con el fin de hacer un control público; el segundo frente es la optimización del principio de eficiencia, lo cual permite que las transacciones contractuales sean directas, pública y ágiles. Así, los procesos contractuales marcan una ruta de transparencia y control ciudadano que incide directamente en la posibilidad de advertir oportunamente alguna anomalía en el proceso de contratación pública.

Sin embargo, esta herramienta, a pesar de que ha servido para garantizar principios contractuales y facilitar el acceso al conocimiento de los procesos contractuales, es insuficiente para enfrentar la corrupción, pues no tiene el dominio para controlar actos y conductas tendenciosas que pueden darse desde la fase precontractual.

Objetivos

Objetivo general:

Analizar el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) en perspectiva de la optimización de los principios de transparencia, publicidad y eficiencia en la contratación pública en Colombia.

Objetivos específicos:

- a) Describir los fundamentos fácticos, institucionales y estratégicos del Sistema Electrónico de Contratación Pública.
- b) Explicar los fundamentos axiológicos (principios) del proceso contractual y del Secop.
- c) Evidenciar, en el caso Centros Poblados, los hechos de corrupción que terminaron por afectar los principios contractuales.

Justificación

El propósito de este trabajo se estructura en el sentido de analizar el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) en perspectiva de la optimización de los principios de transparencia, publicidad y eficiencia en la contratación pública en Colombia. Al ser un tema de actualidad, este trabajo puede contribuir a fortalecer la doctrina existente; en especial puede contribuir a evaluar la efectividad del SECOP en la optimización de los principios de publicidad, transparencia y eficiencia. En esta perspectiva, el estado del arte lo constituye el fenómeno de la corrupción, mientras que el marco teórico lo constituye los principios mencionados, los cuales, y para efecto de validar la hipótesis, merecen abordarse en un caso concreto: el caso de Centros Poblados. La utilidad de este trabajo al conocimiento puede también valorarse en el sentido de que será material de consulta para la comunidad académica en general, y en especial para la comunidad de la universidad La Gran Colombia. Asimismo, con este producto se fortalece la actividad investigativa de la Universidad, lo que representa finalmente un aporte al conocimiento científico.

El trabajo es realizable porque en el análisis preliminar de viabilidad no se identifican barreras u obstáculos. Igualmente, el trabajo es factible, ya que existe disposición e interés para llevar a cabo esta tarea; en otras palabras, se dispone de un potencial humano y de los recursos materiales necesarios para afrontar cada desafío en el proceso de investigación.

Metodología

El diseño metodológico que se plantea en la presente investigación tienen en cuenta la propuesta de Roberto Hernández Sampieri, para quién la investigación científica es “esencialmente como cualquier tipo de investigación; sólo que más rigurosa y cuidadosamente realizada” (Hernandez Sampieri, sf, p. 10). Según este autor, la investigación científica debe ser controlada, empírica, y le podríamos agregar que es universal, gradual, autocorrectiva y útil. La investigación científica es, así, un conjunto de fases, etapas y procedimientos que se estructuran coherentemente para alcanzar un fin: el conocimiento científico.

El tipo de investigación es analítico, en la vía de deconstruir el objeto de conocimiento y descubrir los elementos, aparatos y sistemas relacionados con el Secop. Desde este tipo de investigación se persigue analizar cada uno de los elementos que conforman la unidad de estudio desde el campo deductivo. Aunado al tipo de investigación se encuentra el enfoque de investigación, para el caso se acogió el enfoque socio jurídico, en el sentido de plantear una relación del componente jurídico con el componente social alrededor del Secop. El enfoque socio jurídico, que tiene en cuenta las “prácticas jurídicas, en diversos contextos sociales, parte de la concepción de lo social que tenga el investigador, de acuerdo con la cual planteará el problema y el método a utilizar” (Mariño, 2011, p. 17).

Acompaña a este enfoque un estudio de caso, el de Centros Poblados, que según Ramírez se refiere “al estudio de uno o muy pocos elementos de forma detallada, elegidos por cualidades particulares que los diferencian de otros elementos” (1996, p. 46). Se pretende con este enfoque

conocer los aspectos más importantes del caso mencionado, para identificar las debilidades de la administración en la prevención, diagnóstico y control de los actos de corrupción presentados.

Es transversal al tipo y enfoque la metodología de investigación cualitativa. Esta investigación, según lo expresa Ramírez, “se aplica en el campo de las ciencias sociales y se enfocan en el proceso y significado de sus relaciones con el entorno; son de índole interpretativa” (Ramírez, sf, p. 43). Especialmente, siguiendo esta metodología se abordan los principios de publicidad, transparencia y eficiencia desde su naturaleza, características y funciones, todo en perspectiva del Secop. Lo que interesa específicamente es conocer los atributos, rasgos y características de este objeto de estudio.

En cuanto a los instrumentos de recolección y análisis de la información se apela sobre todo a fuentes primarias y secundarias, como la Constitución y demás normas, estudios, doctrina y jurisprudencia, especialmente. Para la recolección de la información se llevó un registro en fichas bibliográficas, estrategia que permite organizar temáticamente la información. Igualmente la libreta de apuntes, donde se registró información puntual, fue de gran ayuda para la fundamentación del trabajo.

La línea de investigación es Derecho Constitucional, reforma a la administración de justicia y bloque de constitucionalidad.

Capítulo I

1. Los antecedentes y fundamentos del SECOP

El propósito de este capítulo es describir los fundamentos fácticos, institucionales y estratégicos del Secop. Con ese objetivo, el capítulo se organiza en tres subcapítulos, cada uno desarrolla tres temas específicos. De esa manera, en primer lugar se aborda el tema de la corrupción en Colombia, especialmente la administrativa y la contractual. Se reitera en este espacio que este fenómeno afecta la transparencia administrativa, el interés general y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Frente a esa situación, el Estado adoptó medidas legislativas y normativas, institucionales (organismos de control) y también algunas estrategias específicas (como el Secop), las cuales apuntan y se orientan lograr una moralidad administrativa suficiente en el campo de la administración pública y en particular en la contratación pública.

1.1. La corrupción en Colombia

1.1.1. Algunas precisiones sobre la corrupción administrativa.

La corrupción es un fenómeno social que se ha extendido y depositado en diferentes actores, escenarios y modalidades, lo que hace que sea complejo y difícil de rastrear y confrontar. Las causas son variadas e “interactúan entre sí para producir un ‘equilibrio social deficiente’, en el que participan políticos de elección, burócratas, empresarios, y ciudadanos y ninguno de ellos tiene incentivos suficientes para intentar” (Perry y Saavedra, 2018, p. 19). Según lo explica Correa, las causas de la corrupción son las siguientes: “La impunidad, la narco-corrupción, clientelismo, ineficiencia institucional, deslegitimación institucional, desprecio por la honestidad, situación de

violencia” (2017, pp. 60-61). Como las causas se proyectan en distintas dimensiones e intensidades, las consecuencias se producen en esa misma dirección.

Villoria define la corrupción como el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, evento que se produce cuando el funcionario vulnera sus obligaciones. Dice el autor: “la violación de las obligaciones propias del cargo en aras de obtener un beneficio propio, lo cual se tipifica en hechos corruptos, es decir cuando se quebranta la norma legal” (Villoria, 2006, p. 96, citado por Patín y Máiz, 2019, p. 17). En este mismo orden de ideas lo expresa Huntington, al considerar que la corrupción “es una desviación de la conducta de un funcionario público, que se aparta de las normas establecidas para ponerse al servicio de los intereses privados” (Huntington 1972, p. 63, citado por Pegoraro, 1998, p. 4).

En esos precisos términos se ha manifestado la Corte Constitucional Colombiana, especialmente en Sentencia C-944 de 2012 señala que los efectos se producen en el terreno político, económico y organizacional. En el campo político, dice el alto Tribunal, la “corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos, quienes se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas. Por lo anterior, se afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y del funcionamiento del Estado de derecho, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad” (CC. C-944/12, 2012). Continúa diciendo que dicha conducta inmoral alcanza también la esfera de la economía, produciendo efectos difíciles de superar en el corto plazo. Así, “la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad” (CC. C-944/12, 2012).

Adicionalmente, dice el Tribunal de cierre, la corrupción organiza conjuntos sofisticados, clientelares y con el suficiente poder para persuadir y convencer con el pago de sobornos. La creación de monopolios empresariales tiene un efecto negativo en el consumidor final del bien o del servicio, pues dejan de invertir en el mejoramiento de la calidad, pues con los sobornos aseguran los contratos. Con ese proceder también se afecta la libre competencia económica y se anula la posibilidad de participar bajo criterios de igualdad. En palabras del Tribunal, la “eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa” (CC. C-944/12, 2012).

Dejusticia señala que los actos de corrupción “se producen y reproducen principalmente debido a dos clases de condiciones, a saber: i) condiciones sociopolíticas y culturales; y ii) condiciones institucionales” (Dejusticia, 2017, p. 20). Las condiciones sociopolíticas y culturales hacen parte de unos comportamientos arraigados, como el abuso de la burocracia, la práctica del clientelismo, la inobservancia de las normas y conductas delictivas que generan lucro. En cambio, las condiciones institucionales se presentan en el campo del desconocimiento de la meritocracia y por ende de la falta de idoneidad para ocupar cargos públicos, la afectación de la libre competencia, el abuso y aprovechamiento de la autoridad, sobornos y demás delitos contra la administración pública. En la siguiente figura se muestran algunos indicadores, condiciones y formas de la corrupción en Colombia.

Figura 1. Diagnóstico de la corrupción en Colombia

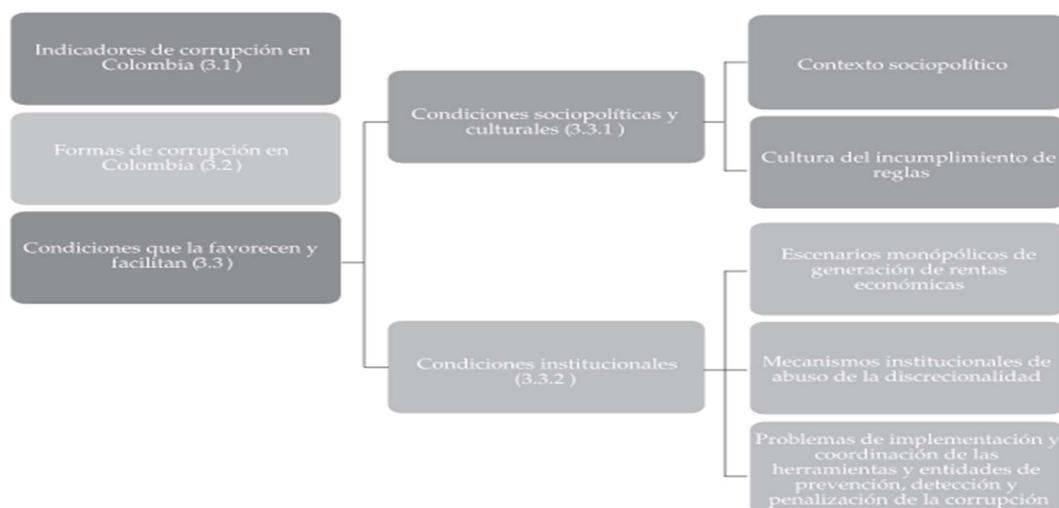


Figura 1. Indicadores, condiciones y formas de corrupción en Colombia. Fuente Dejusticia, 2007, p. 48.

Transparencia por Colombia afirma que el concepto de corrupción es difuso, y que en el ordenamiento jurídico no se encuentra una definición unívoca, por lo que se ha interpretado en función de los delitos contra la administración del Estado. Textualmente expresa:

Las diversas conductas reputadas como actos de corrupción se han convertido en tipos penales, la mayoría de los cuales se ubican dentro de los “delitos contra la administración pública”. El objeto jurídico, lo que tutela el ordenamiento jurídico en estos casos, es la probidad y la honestidad del ejercicio de la actividad estatal por parte de los servidores públicos; la igualdad de los ciudadanos ante la administración; la legalidad e imparcialidad en el servidor público; el principio de la legalidad de la actividad estatal; la rectitud en el ejercicio de la función pública; y el patrimonio estatal, como lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia. Por tanto, la víctima de estos delitos, el sujeto pasivo, suele ser el Estado (Transparencia por Colombia, 2019, p. 3).

Especialmente, la corrupción administrativa es “entendida como la reproducción de distorsiones en la etapa de la implementación y ejecución de leyes, reglas y regulaciones adoptadas a nivel institucional” (Transparencia por Colombia, 2020, p. 11). Este tipo de corrupción se manifiesta en la actividad de la Administración Pública, en todas sus áreas y dimensiones. Estas prácticas finalmente se desarrollan con el objetivo de cooptar y manipular las decisiones más importantes de la administración y apropiarse ilegítimamente de los recursos públicos. La consecuencia de estos fenómenos se refleja en la deficiente prestación de los servicios públicos y en general en la imposibilidad de materializar los fines esenciales del Estado.

1.1.2. La corrupción en la contratación pública.

En Colombia, como se mencionó líneas atrás, la corrupción logró expandirse tanto en el campo privado como en el espacio público. En el espectro de lo público este fenómeno social es de alguna manera un poco más evidente, pues toca el interés general y el bien público, y su efecto se difumina en cada rincón de la geografía colombiana. Esto es evidente, sobre todo, en el escenario de la contratación pública. En este sentido la corrupción en la contratación pública “puede definirse como la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extra posicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una Administración pública con los particulares” (Castro, 2009, p. 27).

Similar percepción tiene Medina, quien afirma que la corrupción en la contratación pública se produce por la decisión de la autoridad de desconocer las reglas contractuales y obtener un provecho personal o en favor de un tercero. En cualquier caso, estas conductas “implican la adopción, por parte de los servidores públicos, de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que es el interés general para obtener alguna clase de

beneficio para sí o para un tercero” (2010, p. 7). Los efectos de estas conductas son profundas y lesivas para el bien común y para el goce efectivo de los derechos.

Para la Corte Constitucional, en sintonía con los autores citados, afirma que las prácticas inmorales en el campo de la contratación pública representan una barrera para lograr la satisfacción del interés general, por cuanto “la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares” (CC. C-499/15, 2015). Estos propósitos y finalidades en torno al interés general no se pueden cumplir si la corrupción monopoliza la contratación.

Estas conductas se manifiestan de diferentes formas y matices, así como sus actores son personas públicas y privadas. Martínez y Rodríguez profundizan este enunciado en las siguientes líneas:

(...) la utilización de excepcionalidades a los procesos licitatorios, aprovechándose del esquema de contratación del Estado para beneficiar intereses particulares. Adicionalmente, se encuentra que el sector empresarial tiende a buscar la realización de cambios a los términos contractuales a pesar de no existir suficiente justificación, con el único fin de lograr un incremento en el valor del contrato, dado que la ley permite ajustes del presupuesto hasta por un 50% del valor original del contrato. Los contratistas llegan incluso a manipular la información con el fin de presentar una oferta especialmente baja en precios que permita ganar la licitación. Otra situación, reconocida por los empresarios en el estudio del Banco Mundial y la Vicepresidencia de la República como la irregularidad más frecuente en los procesos de licitación es la existencia de monopolios de contratistas (Martínez y Ramírez, 2006, pp. 154).

A dichas conductas se pueden sumar otras, como el direccionamiento de los contratos, falsificación de pólizas, acuerdos entre oferentes, venta de información privilegiada, ausencia de planificación, falta de controles oportunos, entre otros. Todas estas conductas tienen unos efectos amplios en la administración y especialmente en el interés general y el bien común, principios fundamentales del orden jurídico. Sin duda la falta de moralidad, honestidad y decencia termina degradando el buen gobierno y la gestión de lo público.

Al respecto, Transparencia por Colombia insiste en que la corrupción lesiona abiertamente la moralidad administrativa de tres formas, especialmente:

No obstante, se trata de corrupción si cumple con las siguientes características: i) se afectan derechos colectivos preciados como el patrimonio público y la moralidad administrativa, y en muchas ocasiones, el acceso a los servicios públicos o a su prestación eficiente y oportuna, o se afecta la libre competencia; ii) se afecta a un universo de víctimas heterogéneo, pues hay daños causados en una dimensión individual, colectiva y social; iii) se realiza por parte de agentes corruptores (victimarios) diversos, tanto públicos como privados, y a distintas escalas de participación u obtención de beneficios (Transparencia por Colombia, 2019, pp. 4-5).

Los efectos y las consecuencias tienen una dimensión y un impacto negativo tanto para la administración como para los administrados, porque la falta de moralidad y responsabilidad social generan un detrimento moral y pecuniario, lo cual no permite la gestión de los fines esenciales del Estado.

1.1.3. Algunos ejemplos de corrupción en la contratación pública.

Odebrecht no solo impactó negativamente el sistema político y administrativo colombiano, sino que también afectó el sistema financiero de Estados Unidos, según afirmó Morales.

“Odebrecht no solo cotizaba sus valores en la Bolsa de Nueva York, sino que también empleaba el sistema financiero norteamericano para operaciones fraudulentas vía empresas offshore. Por esta razón, el juez Raymond Dearie, del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sentenció a la constructora a pagar 2,6 billones de dólares por haber quebrantado la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” (Morales, 2019, p. 2). Las prácticas corruptas quedaron al descubierto gracias al trabajo del poder judicial estadounidense, en el Caso U.S. Vs. Braskem S.A. – ODEBRECHT S.A.

Este Consorcio estaba conformado por Constructora Norberto Odebrecht; Estudios y Proyectos del Sol S.A; Odebrecht Inveſtimentos Em Infraestrutura Ltda; EPISOL S.A.S. y CSS Constructores S.A. Así, mediante contrato de concesión 001 de 2010 se pactó la elaboración de estudios diseños y demás actividades con el fin de cumplir con el objeto contractual.

La Constructora Odebrecht habría pagado sumas exorbitantes (coimas, sobornos) con el fin de asegurar la adjudicación de obras, se estima que entre el 2009 y el 2014 pagó la suma de 12.000 dólares. Los contratos más representativos fueron la Ruta del Sol II y la navegabilidad del Río Magdalena, que fue adjudicado a Navelena. Por estos hechos se abrieron investigaciones que terminaron en la captura de algunos funcionarios como el viceministro de transporte y algunos políticos al servicio de Odebrecht, como el exsenador Otto Bula.

De esa manera Las redes de corrupción, sobornos y todo tipo de delitos contra la administración pública se habían cometido en ese contexto, salpicado a políticos, funcionarios del Estado, particulares y todos los que todavía faltan por determinar. De esta manera los “bandidos que se habían apoderado de este proyecto eran delincuentes de cuello blanco, disfrazados de

encumbrados directivos de la multinacional Odebrecht que corrompieron a los sectores público y privado en varios países” (Gómez, 2019, párr. 2).

Otro caso muy sonado es el de Centros Poblados. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, después de un deficiente proceso de contratación, firmó un contrato con la Unión Temporal Centros Poblados, cuyo objeto era construir la infraestructura necesaria para llevar internet a las zonas rurales.

En ese contexto de corrupción participaron políticos, funcionarios, el representante de la unión Temporal y hasta condenados. Dentro de los capturados se encuentran Emilio Tapia (condenado por corrupción), Juan José Laverde y Luis Fernando Duque (Representante de la Unión Temporal). Como se dijo, estos no son los únicos que participaron en este entramado, hay otros que por su posición y poder todavía no se han identificado, pero todo apunta a que si no es la Fiscalía serán los medios de comunicación los que lleguen al fondo de este asunto.

Las conductas corruptas iniciaron desde el tiempo de la acreditación de los requisitos, como la falsificación de las pólizas que amparaban los riesgos, hecho que llevó a la privación del señor Laverde, mencionado anteriormente. Pero, además, lo que la sociedad reprochó y sigue reprochando es la negligencia de los funcionarios del Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, pues en la actividad del SECOP se evidencia falta de atención y análisis de la información. Asimismo se evidencia que la entidad política del Estado carece de las herramientas y del personal idóneo para enfrentar la astucia de los inmorales. A ello se le suma la complicidad de algunos funcionarios, la cual tendrá que ventilarse en algún momento.

Dicho proceder terminó por autorizar el desembolso de 70.000 millones que corresponden al anticipo, de los cuales hasta el momento no se ha recuperado ni siquiera el 10%. Es precisamente

el descuido y la falta de experticia lo que llevó a que la oposición en el Congreso propusiera una moción de censura contra la ministra Karen Abuninem, moción que como era de esperarse no obtuvo el respaldo de las mayorías parlamentarias. Sin embargo, la indignación social y las evidencias empujaron y aceleraron la salida de la ministra, quien renunció tiempo después.

En los medios de comunicación la exministra todavía defiende sus actuaciones con el argumento de que ella ni sus funcionarios participó en el entramado criminal y que fue asaltada en su buena fe. aquí no se pone en duda la honorabilidad ética de la exfuncionaria, persona que está protegida constitucionalmente por el principio de presunción de inocencia, pero si se reprocha la falta de conocimiento, la negligencia y la arrogancia con la que enfrenta su responsabilidad.

Según Transparencia Internacional (2020), Colombia se encuentra en el puesto 39 de los países más corruptos. En la siguiente imagen se muestra la percepción de la corrupción en el sector público de 180 países.



Figura 2. En esta imagen se muestra la percepción del nivel de corrupción en el sector público en 180 países. Fuente Transparencia Internacional, 2021, p. 2.

1.2. La lucha institucional contra la corrupción

Estas prácticas, por su misma naturaleza y desarrollo son en ocasiones imperceptibles, razón por la cual es un campo atractivo para quienes actúan de forma contraria al ordenamiento jurídico. Se agrava esta situación debido a la inoperancia del Estado, el cual ha sido incapaz de reaccionar positivamente frente a este fenómeno. En este sentido las normas, las instituciones y la política pública en ocasiones no resultan efectivas para contrarrestar la presencia y los efectos de estas conductas perversas; sin embargo, el Estado y la sociedad en general buscan constantemente renovar los procesos de lucha frente a la corrupción.

1.2.1. Expedición de una normatividad amplia.

En un Estado Social de Derecho como el nuestro la norma sigue siendo el pilar fundamental del orden jurídico. Así, la primera medida para contrarrestar el fenómeno de la corrupción sigue siendo la expedición de leyes, que si bien por sí mismas no tienen efectividad, si se configuran como el marco que respalda la actividad de las autoridades y de la sociedad en general. Dentro de estas normas se “encuentran expresiones normativas tanto en rango de norma constitucional, de códigos, de otras leyes y de normas internas para las entidades públicas que buscan ocuparse, eliminar o contener la corrupción a través de disposiciones tendentes a proteger un bien jurídico que es la moralidad administrativa” (Aguirre, 2007, p. 205).

Entre las disposiciones más relevantes se encuentran, por ejemplo, las siguientes:

Así, en materia legislativa se puede citar las normas de derecho penal, Ley 599/00, y el Código de Procedimiento Penal, Ley 906/04; Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, que son específicas para la contratación pública; Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, que modifica el Estatuto General de Contratación Pública; Código Único Disciplinario (Ley 734/02); Ley 610 del 2000,

sobre control fiscal; leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, sobre mecanismos de participación ciudadana en relación con las veedurías; el Estatuto de Control Interno (Ley 87/93); la Ley de Acción de Repetición (Ley 678/01); el Régimen de la Administración Pública (Ley 489/98); Ley 43 de 1990, reglamentaria de la profesión de contador público (Ley 1438/11); Ley 1882 de 2018, orientada a fortalecer la ley de infraestructura y el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”; Ley 1778 de 2018, Ley “antisoborno”, entre otras normas (Rincón, 2021, pp. 52-53).

A esas normas habría que sumarles todas aquellas que versan sobre los derechos fundamentales, las que reglamentan los mecanismos de participación ciudadana y la jurisprudencia constitucional y administrativa que ha fijado a través del precedente ciertas reglas vinculantes para las autoridades. No pueden omitirse también las normas específicas que las autoridades territoriales expidan en esos propósitos.

Ese catálogo indica una preocupación constante del legislador y del ejecutivo por crear los insumos necesarios que sustenten la lucha contra la corrupción. Hay normas de todo tipo y con diferente dimensión y alcance. Se identifican normas generales que cobijan delitos, faltas disciplinarias y fiscales, y otras que denotan un interés particular, como la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1778 de 2018. Cualquiera que sea su ámbito de aplicación lo cierto es que conforman un catálogo normativo importante en la necesidad de hacer frente a las conductas ilegítimas e inmorales.

1.2.2. La actividad de los Organismos de Control.

A nivel institucional se cuenta con los organismos de control, que si bien han actuado en casos que por su naturaleza pública han sido bien conocidos, no pasa lo mismo con casos que no han sido advertidos o que se producen en zonas cerradas, y que por lo mismo no tienen la atención de los medios de comunicación.

Aún con esa relatividad y limitaciones, no se puede desconocer los propósitos y fines de la Procuraduría General de la Nación, dentro de los cuales pueden citarse los de “identificar, prevenir, intervenir y sancionar la corrupción y la mala administración de lo público” (PGN, 2017, p. 20). El marco jurídico actual de esta entidad es la Ley 1952 de 2019. Este código general disciplinario le reconoce potestad a la Procuraduría para adelantar las investigaciones y para sancionar disciplinariamente a los funcionarios que con sus conductas afecten el ordenamiento. En el artículo 26 se establece el alcance y consecuencias de la falta disciplinaria:

Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley (L. 1952, art. 26, 2019).

En algunos casos esta entidad ha utilizado su poder preferente para adelantar las investigaciones con buenos resultados; en otros, sirviéndose de los mecanismos de protección de los derechos, como por ejemplo la acción popular, ha solicitado a los jueces la protección del interés público, teniendo respuesta favorable por parte de los jueces. La acción popular en el caso Ruta del Sol II

es un buen ejemplo de la actividad de este organismo de control. Sin embargo, constantemente se reprocha las actuaciones omisivas y negligentes de este organismo, en el sentido de que está politizado, y sus actuaciones responden a un interés relativo, sobre todo en los casos en los que están involucrados funcionarios de oposición al gobierno. Como lo dice la misma PGN:

De conformidad con este propósito y con miras a identificar, prevenir, intervenir y sancionar la corrupción y la mala administración de lo público, la PGN ha adelantado actuaciones contundentes frente a los hechos de corrupción locales y transnacionales, la mala gestión de los recursos públicos, la corrupción administrativa; el uso inadecuado del suelo y la afectación de los derechos de la población vulnerable, que impiden la construcción de un Estado Social de Derecho en el que se abandone la violencia y la criminalidad, y se inviertan los recursos con una perspectiva de derechos (PGN, 2017, p. 20).

Por su parte, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal “en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público” (Const. P., art. 267, 1991). Para desarrollar sus funciones constitucionales y legales la Contraloría “ha diseñado herramientas útiles para cumplir con sus funciones, como por ejemplo ha diseñado un plan anticorrupción, de atención al ciudadano y estrategias de rendición de cuentas” (CGR, 2020, p. 3). En virtud del desarrollo de esas funciones recientemente ha sancionado a varias personas por el caso Hidroitungo, entre otros.

Las Contralorías enmarcan sus actuaciones en la Ley 610 del 2000, la cual fija el proceso de responsabilidad fiscal, definido como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (L. 610, art. 1,

2000). En este proceso, como es natural en un Estado constitucional de derecho, se deben garantizar los derechos fundamentales de los investigados, lo cual se configura como un límite propio a las facultades del organismo de control.

El artículo 2 expresamente señala que el objeto de la responsabilidad fiscal es el “resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal” (L. 610, art. 4, 2000). Dicho resarcimiento es la finalidad última del proceso de responsabilidad. Los resultados no son los mejores, pero sin duda con la reforma constitucional introducida mediante Acto legislativo 04 de 2019, donde se consagra un control preventivo y concomitante, los resultados pueden ser más efectivos.

En revisión constitucional del Acto Legislativo mencionado, la Corte Constitucional señaló que:

(...) la intención del constituyente derivado fue complementar el sistema actual de control por considerarlo insuficiente y añadirle el modelo de control preventivo y concomitante ejercido a través del seguimiento constante y paralelo de la gestión fiscal, a partir de la función de advertencia, sin que ello implique coadministración, eliminando riesgos potenciales y daños previsibles. En tal medida se dejó claro que no se buscaba juzgar la actividad del gestor público, sino el prevenir el daño, a través de un mecanismo eficaz y legítimo para evitar que el gestor fiscal tome decisiones que vayan en contravía del erario (CC. SC-140, 2020).

Insistió la Corte en que la reforma no pretende de ninguna manera ejercer por parte de la Contraloría actos de coadministración, hecho que invadiría la esfera propia de las facultades del

ejecutivo, sino la de establecer una herramienta preventiva, con el fin de advertir previamente los riesgos que acarrea en ciertos contextos la gestión fiscal.

Con esas facultades, la CGR internamente ha creado algunas estrategias para lograr efectividad en la lucha contra la corrupción, así ha diseñado el Manual Único de Rendición de Cuentas y el Plan Anticorrupción, en los que se plantea lo siguiente:

- Información: Comunicar públicamente los planes de acción y decisiones en ejecución, exponer los resultados de la gestión y los avances en la garantía de derechos.
- Diálogo: Conversar con los grupos de valor y de interés, permitiendo escenarios para el intercambio de información, la atención a preguntas y dudas, tanto en espacios presenciales como desde la atención a través de los canales digitales.
- Responsabilidad: que hace referencia responder por los resultados de la gestión, definiendo o asumiendo mecanismos de corrección o mejora en sus planes institucionales para atender los compromisos y evaluaciones identificadas en los espacios de diálogo (CGR, 2020, p. 3).

No cabe duda de que las propuestas, planteamientos y estrategias adoptadas por el organismo de control son pertinentes y envían un mensaje positivo a la sociedad, pero hay que esperar su implementación y su eficacia, que al fin y al cabo es lo que en verdad se necesita.

1.2.3. El papel de la Fiscalía general de la Nación en la lucha contra la corrupción.

A los anteriores organismos se suma la Fiscalía General de la Nación (FGN), organismo que tiene por encargo la investigación de la conducta penal. El trabajo de este organismo ha pasado desapercibido, pues ha sido poco relevante en la lucha contra la corrupción contractual; es más, podría decirse que peca por omisión y por negligencia administrativa. Las denuncias de

selectividad y persecución penal a opositores del gobierno, el “engavetamiento” de investigaciones y su actuar tendencioso son indicios para confirmar su poco compromiso con la moralidad y la transparencia administrativa.

La investigación de los delitos relacionados con la corrupción requiere de esfuerzos descomunales, dice la Fiscalía, pues tienen unas características particulares. El nivel y la sofisticación con los que se cometen estos delitos involucra, claro está, tanto el conocimiento de la actividad de la administración como las zonas grises por donde buscan infiltrarla y cooptarla. Al respecto la FGN señala lo siguiente:

- La corrupción y el fenómeno de captura del Estado o de cooperación del Estado.
- Se asume una nueva concepción del delincuente abandonando la idea propia del delincuente tradicional.
- Los actos de corrupción son de naturaleza opaca, no dejan rastro y suelen desarrollarse a partir de maniobras complejas.
- Los actos de corrupción rara vez son denunciados y son pocos los incentivos para servir como testigo de su comisión.
- Conocimiento técnico, múltiples escenarios y contextos, en algunos casos en el marco mismo de la ley (UNODC, 2018, p. 21).

Dichas características no son las únicas, existen otras que obedecen a la naturaleza del delito y al caso concreto, cuestión que exige el mayor esfuerzo por parte de la entidad. Hay que reconocer que la FGN se encuentra en procesos constantes de modernización para enfrentar estos retos; pero también hay que precisar que los esfuerzos no son suficientes. Igualmente, existe la necesidad de

depurar este organismo de sus malos agentes, así como despolitizarlo para que actúe en función de una justicia para todos.

En relación con los delitos relacionados con la corrupción, Dejusticia expresó:

A partir del estudio de la información provista por la Fiscalía General de la Nación se pudo concluir que entre el 1 de enero de 2009 y el 1 de noviembre de 2016 el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) registró 3.966 casos con al menos una condena por alguno de los delitos relacionados con formas de corrupción. Más del 75% de esos casos tienen que ver con al menos uno de los siguientes cuatro delitos: cohecho por dar u ofrecer (27%), omisión del agente retenedor o recaudador (22%), peculado por apropiación (18%) y concusión (9%) (Dejusticia, 2017, pp. 17-18).

Como puede evidenciarse, los delitos en el contexto de la corrupción representan un porcentaje importante y un desafío grande para la FGN. Hay que reconocer que el trabajo de la Fiscalía en algunos contextos ha mostrado resultados, particularmente en los casos que son de alto impacto y que han tenido un despliegue mediático amplio. Lastimosamente, en los casos en los que están involucradas personas afines al gobierno, casos de líderes sociales y excombatientes la entidad no muestra interés suficiente. Sobre este punto es pertinente resaltar que en el caso Odebrecht el organismo fiscal no ha generado los resultados esperados.

Debido a la falta de eficacia de estos organismos el legislador ha creado otras instituciones en procura de fortalecer la lucha contra las conductas que afectan el bien común, como el Departamento Administrativo de Contratación Pública, las veedurías ciudadanas y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, entre otras. Asimismo, el Estado ha diseñado herramientas concretas para garantizar la correcta contratación, el SECOP es un ejemplo de ello.

1.3. La creación de un sistema de contratación pública

1.3.1. Antecedentes del SECOP.

El ordenamiento jurídico colombiano estableció un conjunto normativo amplio que para este trabajo conforma los antecedentes o referentes previos que dieron lugar a la creación del Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP. En primer lugar el legislador expidió la Ley 80 de 1993, que en su artículo 1 establece los principios de la contratación pública, como el de “transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”. Sin embargo esta ley no hace mención a la implementación de las tecnologías para la gestión contractual.

El año 2002 es importante en relación con este tema, porque se van a expedir cuatro normas relacionadas con la modernización y con la pertinencia de la implementación de las tecnologías de la información en la contratación estatal. En ese cometido, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), mediante el documento CONPES 3186 presenta una propuesta para modificar la Ley 80 de 1993, especialmente manifiesta que se debe crear el Consejo Nacional de Contratación (CONPES 3186).

En la Directiva presidencial 10 de agosto 20 de 2002, se crea el “Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario”. En este documento se reitera que es necesario cambiar las estrategias para hacer frente a la corrupción, sobre todo en el campo de la contratación administrativa. Se advierte que la función administrativa y en general la actividad del Estado se ha vulnerado “por el efecto perverso de la corrupción, el clientelismo y la politiquería (Directiva 10, párr. 2, 2002). Teniendo presente esos fundamentos se establecen los lineamientos

de la actividad del Estado y se fijan unos principios fundamentales que conforman el marco de actuación para las autoridades.

En la misma periodicidad se expide el Decreto 2170 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”, con el propósito de diseñar e implementar estrategias para sacar la actividad contractual de las sombras y darle mayor legitimidad y conocimiento público. En esa vía se fija un procedimiento para el desarrollo de la contratación pública, se autoriza la realización de audiencias públicas, se establece el control público y la utilización de las tecnologías de la información, especialmente para lograr mayor publicidad y transparencia (Dto. 855, 2002).

Con igual finalidad se expide la Directiva presidencial 12 de 2002, por medio de la cual se adoptan estrategias encaminadas a contener las manifestaciones de corrupción dentro de la administración pública, especialmente en el terreno de la contratación. Los mecanismos y estrategias reiteran lo mencionado en el Decreto 2170 de 2002, pero además consagra el principio de planeación y la selección objetiva. Enseguida establece la necesidad de crear un “Sistema electrónico integral de contratación estatal”. Como se puede evidenciar, desde el año 2012 se hizo mención a la necesidad de crear un sistema electrónico, pero lastimosamente la falta de voluntad política no permitió su implementación .

En el 2003 el Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió dos documentos importantes: el documento 3248, en el cual se estableció “el Programa de Renovación de la Administración Pública” (PRAP) y el documento 3249, mediante el cual se pretendía lograr mayor “eficiencia en la utilización de los recursos públicos y transparencia para evitar la corrupción”. De esa manera, este documento es producto de “de un proceso de

intervención plenamente diseñado” (Márquez, 2007, p. 100), con el fin de modernizar la contratación pública para hacerla más transparente, pública y efectiva. Sin embargo todas estas normas no lograron la eficacia del caso, por lo que quedaron como buenas intenciones.

1.3.2. Fundamentos normativos vigentes del SECOP.

Posteriormente se expide la Ley 1150 de 2007, por “medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Especialmente, y para lo que interesa, el artículo 3 de esta Ley dispone que en la actividad precontractual y contractual se podrán utilizar los medios electrónicos:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional (L. 1150, art. 3, 2007).

Dispone, además, que “el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública”. Es evidente que los desafíos, retos y objetivos en el marco de la contratación pública exigen la adopción de nuevas herramientas, estrategias y actuaciones. En este sentido, hacer de la contratación pública un referente de la moralidad y la transparencia no puede depender solamente de fases y de un procedimiento establecido, debe ser el producto de instancias

democráticas y de la modernización tecnológica del Estado, que promuevan la participación de la ciudadanía en el control público a través de las veedurías ciudadanas. En esos cometidos el SECOP:

- a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;
- b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
- c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
- d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública. (L. 1150, art. 3, 2011).

Además, el SECOP, dice que la Sala Segunda del Consejo de Estado, debe ajustarse a unos requisitos mínimos que le permitan garantizar los principios constitucionales, y, especialmente, los principios de la contratación estatal. Señaló el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

(...) edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación

de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración” (CE, Sala Segunda, NO. 15324, 2007).

El SECOP, en palabras de Sierra, sirve de plataforma para lograr la transparencia, generar confianza en el Estado, modernizar la organización y la actividad del Estado, todo ello para establecer una buena gobernanza desde el campo digital, o como el mismo lo dice para una “gobernanza electrónica”. Dice expresamente Sierra:

El SECOP es realmente un instrumento de gobernanza electrónica, de buen gobierno, que se apoya en la tecnología de la información y el conocimiento, vinculando a la administración con la colectividad, y cuyo efecto principal es hacer realmente transparente a la administración a través de la comunicación, medios a los cuales puede acudir sin limitaciones tecnológicas de ninguna clase, en cuanto no vulneran los derechos fundamentales de los asociados, garanticen los derechos de los usuarios y hagan del cumplimiento de finalidades y del acceso de las personas a la vida democrática y participativa del país algo mucha más ágil, efectivo y eficaz (2016, p. 98).

Complementa dicha apreciación Santofimio, quien define el SECOP como un instrumento para lograr una sincronía entre los actores de la contratación: “La gobernanza electrónica que se ejerce a través del SECOP genera una fortalecida relación tripartita entre los gobiernos, la sociedad y el individuo, haciendo más legítimo al primero de ellos, consolidando sus relaciones y volviéndolos necesariamente interdependientes entre sí” (Santofimio, 2004, p. 98).

1.3.3. El papel de Colombia Compra Eficiente.

Los desafíos y retos que la contratación pública en Colombia impone a la administración, con el objeto de plasmar los principios de publicidad, transparencia y eficiencia, llevaron al Gobierno nacional a crear una basta institucionalidad. Aclara la disposición que la creación del SECOP estará a cargo del organismo que el Gobierno nacional designe y que su establecimiento no se traduce en la creación de una nueva entidad y que no reduce las facultades y autonomía que según la ley se le otorgan a la Contraloría General de la República.

Con el fin de ejecutar lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el legislativo a través de la Ley 1444 de 2011 otorgó facultades extraordinarias al Gobierno nacional para modificar la estructura de la administración y reasignar competencias y facultades a algunas entidades administrativas. Con esas precisas facultades el Gobierno expidió el Decreto 4170 de 2011 mediante el cual se creó “la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente (ANCPCE)–, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional Planeación” (Dto. 4170, art. 1, 2011). Esta Unidad tiene por objetivo, tal y como se establece en artículo 2, el “desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado” (Dto. 4170, art. 2, 2011).

En el mismo Decreto otorgó la administración del SECOP a la Agencia Nacional de Contratación Pública. El numeral 8 del artículo 3 del Decreto establece que dentro de las funciones

de la Agencia está la de “Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo” (Dto. 4170, num 8, art. 3, 2011). En términos generales, la finalidad de ANCPCE es diseñar e implementar políticas, planes y programas para la contratación pública. Estos propósitos generales se desarrollan a través de las siguientes funciones específicas:

1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.
2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.
3. Coordinar con las demás entidades públicas las gestiones necesarias para el cumplimiento del objetivo de la Agencia.
4. Hacer estudios, diagnósticos, estadísticas en materia de compras y contratación con recursos del Estado, buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado de compras y contratación pública.
5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

6. Brindar apoyo al Gobierno Nacional en la negociación internacional en materia de compras y contratación pública.
7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.
8. Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o el que haga sus veces, y gestionar nuevos desarrollos tecnológicos en los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por el Consejo Directivo.
9. Desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los procesos de compras y contratación pública de las entidades estatales.
10. Difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual.
11. Brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública.
12. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la entidad (L. 1444, art. 3, 2011).

Todas estas funciones se encuentran en la dirección de lograr convertir la contratación pública en una actividad coherente con los principios constitucionales y de la contratación, tarea nada fácil, si se tiene en cuenta la astucia con la que operan los agentes que participan en estos

procesos. Sin embargo, hay que reconocer, que el trabajo de la ANPCCE es destacable, pues se alguna manera ha representado un avance en esos propósitos.

Capítulo II

2. El SECOP y los principios de transparencia, publicidad y eficiencia contractual

El propósito de este capítulo es explicar los fundamentos axiológicos (principios) del Secop, temática que ayudará a comprender y explicar la necesidad de aplicar los principios constitucionales y contractuales para lograr contener el fenómeno de la corrupción en Colombia. Inicia el desarrollo de este capítulo con la explicación de la naturaleza y alcance de los principios; así como del método que se utiliza para resolver las colisiones que se producen entre ellos: la ponderación y la proporcionalidad. Enseguida se hace referencia a los principios constitucionales, de la función administrativa y los propios de la contratación estatal, los cuales son el marco de actuación de la administración pública y contractual. Cierra este capítulo con el análisis de los principios que fundamentan el Secop, entre los cuales se encuentra el principio de transparencia, publicidad y eficiencia.

2.1. La naturaleza y alcance de los principios constitucionales

La integración de los principios al orden constitucional no solo representó una oportunidad para la ampliación normativa sino también condujo al desarrollo de una argumentación principialista y a la adopción de métodos de decisión judicial. Estos modelos jurídicos son la respuesta a la necesidad de solucionar las controversias presentadas entre las normas constitucionales cuya naturaleza y estructura demandan un ejercicio de ponderación y proporcionalidad. Estas normas son los principios y los derechos fundamentales.

2.1.1. El contenido de los principios.

Los principios, siguiendo la argumentación de Dworkin, tienen una relación necesaria con la moral, por la razón de que su esencia se compone de una materialidad axiológica y su finalidad es la justicia. Según este autor, los principios deben ser cumplidos “no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1997, p. 72). De acuerdo con esta idea los principios son vinculantes y deben ser cumplidos por su valor moral.

Desde la perspectiva de Alexy, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización” (Alexy, 2012, p. 67), que se caracterizan porque se cumplen en diferente grado o nivel y en la medida de dichas posibilidades. Siendo prescripciones normativas tienen fuerza vinculante y una capacidad de aplicarse directamente al caso, sin necesidad de desarrollos normativos concretos. Se aplican sobre todo en ausencia de derecho positivo y para dar sentido a otras disposiciones.

Inicialmente se afirma que estas normas abstractas tienen igual naturaleza y estatus, por lo que en un eventual conflicto entre ellas no es posible solucionarlo a través de la regla de la jerarquía normativa o por las reglas de especialidad y temporalidad, sino por medio de la ponderación. Sin embargo, como lo explica Bernal, Alexy otorga previamente una carga de la argumentación fuerte a ciertos principios/derechos:

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la

máxima “*in dubio pro libertate*”. De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor “*razones más fuertes*”. Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas (2003, p. 15).

Por ejemplo, si un principio que respalda una ley no demuestra un peso mayor que los principios que confronta -libertad e igualdad- cederá frente a ellos, por lo que la consecuencia es que la ley cuestionada será declarada inconstitucional. Caso contrario, si el principio que desafía a los principios de libertad e igualdad muestra un peso mayor que el de éstos prevalecerá, y la consecuencia es la declaración de constitucionalidad de la ley. Y en el eventual caso de que el principio que fundamenta la ley tiene el mismo peso que el binomio mencionado, por la carga argumentativa a su favor, como lo indica Alexy, la libertad y la igualdad prevalecerán, por lo que la ley en cuestión será derrotada.

2.1.2. El concepto de ponderación.

Ponderar se define, según la Real Academia Española de la Lengua¹, de la siguiente manera:

Del lat. *ponderāre*.

1. tr. Determinar el peso de algo.
2. tr. Examinar con cuidado algún asunto.
3. tr. exagerar (|| dar proporciones excesivas).

¹ Real Academia Española de la Lengua. <https://www.rae.es/>.

4. tr. Elogiar, alabar.

5. tr. Contrapesar, equilibrar.

6. tr. Mat. Atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada.

De ese conjunto de definiciones, podemos resaltar la uno, dos, cinco y seis; pero los conceptos que más se acercan al concepto de ponderación en el contexto del derecho son los de los extremos. La definición uno precisa que la ponderación es buscar el peso de algo (es una definición particular respecto de otros elementos); la definición seis, en cambio, es una definición correlacional, lo que quiere decir que la búsqueda del peso se da en relación con otros elementos para obtener una medida.

La ponderación, siguiendo los planteamientos de Dworkin, se realiza frente a un tipo de normas llamadas principios, los cuales se diferencian de las reglas por su peso. Afirma el filósofo que los principios “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia” (p. 77). Aunque existe esa diferencia atributiva, el trámite de dichas normas puede gestionarse a través de un método común: la subsunción. Según Prieto Sanchís la subsunción es el paso previo de la ponderación:

(...) cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso «subsumir», constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios (2001, p. 217).

Pero la subsunción, explica, no solamente se realiza a la hora de constatar que al caso lo cobijan dos principios, pues también se abre espacio a posteriori, como resultado de la ponderación. Ese resultado queda provisto en una regla que en adelante será la premisa mayor de la subsunción.

La ley de ponderación establece específicamente que cuando “más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 2005, p. 147). Es una relación de proporción inversa entre los principios en controversia. Esto significa que ante un escenario de colisión uno de los principios tendrá que ceder frente al otro que en esa disputa prevaleció. “Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado hay que introducir una cláusula de excepción” (Alexy, 2012, p. 70); ya que el principio que prevaleció puede ser perfectamente derrotado en otra oportunidad.

Para utilizar la expresión de Alexy, la ponderación permite “establecer cuál de los intereses, *que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto*” (2012, p. 72). La colisión entre estas normas se dirime con la determinación del peso de cada una, peso que depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esta dimensión debe ser tomada en cuenta por la autoridad que dirime el conflicto entre los principios, para lo cual debe determinar “el peso relativo de cada uno” con ayuda de algunos elementos jurídicos y extrajurídicos. Solo de esa manera podrá encontrarse una solución a la controversia presentada entre dos o más normas del ordenamiento jurídico constitucional.

Según Bernal Pulido, cada principio buscará el escenario más adecuado y aprovechará las desventajas del otro para prevalecer (2003). Por ejemplo, el principio de interés general y el principio de diversidad étnica y cultural, consagrados en el artículo 1 y 7 de la Constitución colombiana de 1991, entrarían en colisión en un caso en el que se pretenda construir una carretera que atraviesa el

territorio de una comunidad indígena. Para resolver tal conflicto la Corte Constitucional debe tener en cuenta el peso de los principios, previa ponderación.

La ponderación es, así, la salida a la encrucijada creada por el encuentro inevitable y conflictivo entre prescripciones jurídicas del mismo nivel. Prieto Sanchís respecto al concepto de ponderación señala:

En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues, de otro modo, no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor (2001, pp. 211-212).

En consecuencia, la ponderación parte del supuesto de una igualdad normativa (igual o similar naturaleza) para continuar con la determinación del peso de cada prescripción y terminar con la decisión de la prevalencia. Hay que aclarar que la prevalencia no significa que la prescripción derrotada se excluya del ordenamiento jurídico.

En concreto, la ponderación es la determinación del peso de “algo” en relación con otro “algo” que tiene la misma naturaleza. Es la medida que resulta de la atribución del peso que le corresponde a los principios que se enfrentan en el campo jurídico.

2.1.3. Ponderación y proporcionalidad.

Según Alexy, el método de la ponderación se realiza instrumentalizando el principio de proporcionalidad, principio que se caracteriza por ser un mecanismo procedimental y argumentativo que coadyuva a resolver la confrontación que se produce por el choque entre dos o más principios o entre derechos fundamentales, o entre aquéllos y éstos. Sobre los principios y su relación con el principio de proporcionalidad, el filósofo afirma:

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más próxima: el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquél. Qué el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él (Alexy, 2012, pp. 91-92).

Según esto, el principio de proporcionalidad se apoya en tres subprincipios para desarrollarse: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. El principio de idoneidad o adecuación se traduce en que la intervención o la injerencia a un derecho fundamental tiene justificación sí y solo sólo sí contribuye a la obtención de un fin constitucionalmente establecido. El principio de necesidad se refiere a que la intervención que se haga a los derechos fundamentales debe ser la menos maligna entre todas las posibilidades de intervención. Finalmente, el principio de proporcionalidad estricta señala que la injerencia o intervención es admisible si con ella se quiere garantizar la vigencia de otro principio o derecho de alcance significativo (Alexy, 2012).

Estas formas jurídicas en consecuencia se comportan en su naturaleza y contenido de modo distinto al comportamiento de las normas o las reglas, empezando porque, como lo explica Alexy y lo reitera Atienza, no es posible establecer una jerarquización rígida entre ellos y su cumplimiento no se realiza en términos de todo o nada²; lo mínimo que permiten los principios es el establecimiento de un orden “débil”, con lo cual se pretende una aplicación ponderada de los mismos. Tal orden débil consta de tres elementos:

1) Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos (...); ello quiere decir que también aquí rige el principio de universalidad. 2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas (...). 3) Un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba (Atienza, 2005, p. 175).

Al no poder saldar una controversia entre principios a través de la jerarquización normativa es necesario acudir, según el autor, a un sistema de prioridades entre principios, sistema que dependerá de las posibilidades reales en las que cada principio puede optimizarse. Así mismo, las colisiones entre principios están sujetas a unas prioridades condicionadas, es decir que como los principios son mandatos de optimización, cada principio busca optimizarse mejor que otro, de manera tal que un principio que cedió en una oportunidad en otra puede priorizarse porque las condiciones fácticas y jurídicas jugaron a su favor.

² Concluye Alexy en esos términos que la diferencia entre principios y reglas no es de grado sino cualitativa. Toda norma es o bien un principio o bien una regla, dice.

Ahora bien, no hay duda de que los principios acuden a la ponderación para resolver sus contradicciones, pero ¿pasa lo mismo con los derechos fundamentales? La respuesta es afirmativa, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales están ligados estrechamente con los principios. García Jaramillo resalta la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales de la siguiente forma:

Hay que señalar, sin embargo, que el principio de proporcionalidad como estructura argumentativa para controlar las restricciones en derechos fundamentales que resultan constitucionalmente ilegítimas, ineficaces para alcanzar el objetivo previsto o que suponen un sacrificio desproporcionado de los mismos, constituye no sólo una de tales estructuras que hacen parte del canon neoconstitucional, sino una de las que mayor atención académica ha recibido, con significativo influjo doctrinario y jurisprudencial en diversas latitudes (2010, p. 319).

Insiste el autor en dicha importancia diciendo:

Dentro del iusconstitucionalismo, la utilización de la proporcionalidad ha estado fundamentalmente enfocada en el control de la actividad de los poderes públicos que de uno u otro modo incide de forma leve, media o grave en la garantía y la realización de los derechos fundamentales. Al utilizar la conocida escala formulada por Alexy para señalar los tres potenciales grados de afectación de un principio que contiene un derecho, queda claro, de igual forma, que la proporcionalidad es también una herramienta que ha mostrado su utilidad al permitir determinar el alcance de los derechos fundamentales, tanto en sí mismos cuando se debate un caso entre el ciudadano y el Estado, como cuando los derechos se debaten en sede horizontal, es decir, y sobre todo gracias a la reciente dogmática de los derechos fundamentales, con respecto a las relaciones entre particulares. En el papel del control

constitucional de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales ha estado enfocado el desarrollo doctrinal del principio de proporcionalidad (2010, p. 321).

García Jaramillo acierta en afirmar que el principio de proporcionalidad ha sido utilizado para el ejercicio del control a los poderes públicos, lo cuales han representado y todavía representan una amenaza para los derechos fundamentales. Y más allá de dicha utilidad del principio de proporcionalidad, éste se orienta a la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, teniendo, bajo ese mismo método, la oportunidad de justificar la decisión adoptada. La ponderación y la proporcionalidad crean un escenario preciso para la fundamentación de los derechos; esto es dar razones suficientes para desentrañar un conflicto de esa naturaleza.

2.2. Los principios constitucionales y de la función administrativa

2.2.1. Sobre los principios constitucionales.

Los principios constitucionales son una especie que se ubica dentro de los principios generales. Los principios generales “se encuentran subordinados a la “ley” y solo constituyen un criterio auxiliar de la actividad judicial. Ello implica que bajo ninguna circunstancia es posible, a la luz del artículo 230 de la Carta, invocar un principio general del derecho con el objeto de derrotar o desplazar una norma jurídica vigente y que se encuentre comprendida por el concepto de “ley” (CC. SC-284, 2015). En cambio, los principios constitucionales son prescripciones que tienen plena fuerza vinculante y son capaces de desplazar y derrotar normas jurídicas de otra especie.

Al respecto, García afirma que los principios constitucionales se diferencian de los generales por su rango y fuerza normativa directa:

Comencemos por advertir que, aun dentro de su variedad, los principios constitucionales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico. Sean principios constitucionalizados, sean principios inducidos del articulado constitucional, los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento. (García, 1989, p. 149).

Los principios constitucionales son las bases o los cimientos del Estado; son normas de carácter general que soportan la actividad del gobierno y sirven además como parámetros de interpretación de otras normas del ordenamiento jurídico. De forma similar a como se mencionó líneas atrás, se define a los principios como normas abiertas, elásticas y abstractas, por lo que su campo de interpretación puede generar ambigüedad o vaguedad en algunos contextos. Aunque se reitera, no tienen la misma generalidad de los valores.

Al ser normas semi-generales, pueden aplicarse directamente a la solución de la controversia jurídica, o en su caso servir como canon hermenéutico para buscar claridad en las decisiones; “son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental” (CC. ST-1287, 2001). Igualmente, son considerados como prescripciones jurídicas del ahora, que por esa misma naturaleza tienen efecto vinculante, tal y como lo dijo la Corte en Sentencia T-406 de 1992.

Ya se había mencionado las diferencias entre los principios y los valores, y al respecto se había precisado que los valores son conceptos axiológicos; mientras que los principios, teniendo ese mismo sustento, son “entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos” (CC. ST-1287,

2001). Como esa connotación, los principios pueden aplicarse en el ahora por su eficacia directa y pueden representar al mismo tiempo un punto de llegada, una meta: la justicia. Estos materiales pueden adquirir varias formas, como lo dice la Corte, y pueden expresarse a través de normas sustantivas, procesales y procedimentales; así como en forma de derechos y garantías.

En la Constitución de 1991 se consagran los principios de distintas formas: algunos se encuentran expresamente consagrados en la Carta; otros en tratados y convenios internacionales de derechos humanos y otros son de creación jurisprudencial. Pero no son los únicos, pueden existir otros de forma implícita, los cuales pueden ser identificados y reconocidos por las autoridades en un contexto histórico determinado. Cualquiera que sea la forma en que existan, lo cierto es que los principios constitucionales son el fundamento del Estado y del ordenamiento jurídico. La razón de ser de su naturaleza se justifica en el contenido moral, contenido que hace que su aplicación tenga en cuenta lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo correcto y lo incorrecto, etc.

Estos pilares fundamentales de la Constitución no pueden ser objeto de reforma o derogación, pues no admiten ninguna limitación o injerencia; son, pues, principios que tienen un grado de preferencia superior por su propia naturaleza. Algunos de estos principios son los consagrados en el artículo 1 de la Constitución:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Const. P., art. 1, 1991).

Sin embargo, no es de recibo afirmar que son los únicos, porque como se señaló anteriormente, existen otros que se encuentran regados en el articulado de la Constitución. Ejemplo de esa consagración es el artículo 3 sobre soberanía; artículo 4 sobre supremacía constitucional, artículo 7 sobre diversidad étnica y cultural de la nación, entre otros. Estas prescripciones, según lo reitera la Corte, son “normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa” (CC. SC-1287, 2001).

En el campo de la administración pública, estos principios sirven como fundamento para la interpretación y aplicación de la actividad administrativa, y se orientan a complementar los principios propios de la función administrativa.

2.2.2. Los principios de la función administrativa.

En el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 se constitucionalizaron los principios de la función administrativa, la cual satisface el interés general y los fines esenciales del Estado. Los principios que se reconocen en dicha disposición son los siguientes: “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Const. P., art. 209, 1991). Estos insumos axiológicos se comportan como normas directas en el terreno de la administración pública, actividad que tiene como propósito el logro de los fines esenciales y la eficacia de los derechos fundamentales.

La Ley 489 de 1998, en relación con la función administrativa consagra algunos principios que se constituyen como el marco de actuación de las autoridades administrativas nacionales y territoriales, de las autoridades que prestan servicios públicos, de servidores en general y de particulares que desarrollen funciones estatales. El artículo 3 de esta ley establece que:

La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (L. 489, art. 3, 1998).

El principio de buena fe se traduce en el comportamiento sano de la administración pública, es decir que sus actuaciones deben ser la evidencia del actuar correcto, libre de todo vicio e intención de causar daño, afectar o desconocer los derechos de los administrados. La Corte Constitucional precisó que “desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma” (CC. SC-544, 1994). Por su vínculo estrecho con la buena fe, la moralidad es entendida como el sustento axiológico de la administración, el cual adopta la forma de valores y principios de comportamiento ético.

El principio de igualdad puede ser explicado desde un postulado de prohibición de la discriminación. Así se consagra en el artículo 13 constitucional: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (Const. P., art. 13, 1991). La igualdad que se predica no debe quedarse en la mera formalidad, sino que debe ser real y efectiva, razón que lleva al Estado a adoptar medidas en favor de los marginados, discriminados y de todas las personas que se encuentran en una situación de desventaja.

El principio de economía indica la autoridad de la administración en la cantidad de tiempo y recursos que invierte para desarrollar sus funciones. Acompaña a este principio el de celeridad, cuyo contenido determina el comportamiento de la administración para actuar oficiosamente, con impulso propio, con el fin de acelerar y agilizar su funcionamiento. Estas prescripciones finalmente contienen un mandato de buena gobernanza y administración.

El principio de imparcialidad se define como un mandato que impone la obligación de actuar de forma neutral, objetiva, libre de toda subjetividad que pueda generar ventajas para una de las partes sin una justificación constitucional. Este principio prohíbe que la misma autoridad sea juez y parte, o que sea el juez de su misma causa. En Sentencia T-1034 de 2006 se hace una clasificación del principio de imparcialidad en subjetiva y objetiva:

La doctrina distingue entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo (CC. ST-1034, 2006).

La Constitución y la Ley 489 hacen también referencia a los principios de eficacia, responsabilidad y participación. El primero prescribe que la actividad de la administración debe apuntar a lograr el efecto deseado; esto es impactar la sociedad y de esa forma materializar sus

objetivos y funciones. Por tanto, las autoridades administrativas “ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos” (CC. ST-733, 2009).

El segundo, el de responsabilidad señala que las autoridades tienen responsabilidad derivada de sus actos y omisiones, y sobre todo por la extralimitación de sus funciones, según lo señala el artículo 6 de la Constitución. Finalmente en tercer lugar se encuentra el principio de participación. “En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública” (L. 1437, art. 3, numeral 6, 2011). Este principio tiene distintos campos de actuación, como por ejemplo, a través del derecho de debatir y decidir, de petición, del control público, etc.

Sobre los principios de eficiencia, publicidad y transparencia se hará referencia más adelante, específicamente en la sección de los principios del SECOP.

En suma, todos estos principios son el fundamento de la actividad de la administración pública y su finalidad es satisfacer las necesidades generales de la sociedad. Esta finalidad está relacionada con la obligación del Estado de materializar los fines esenciales.

2.2.3. Los principios contractuales.

El Estado, para cumplir con sus cometidos y con los fines esenciales, cuyo objeto específico el bien común y la satisfacción de las necesidades apremiantes de la sociedad, debe adoptar canales, estrategias y mecanismos institucionales. Entre estos se destaca la contratación pública, mediante

la cual se logra asegurar su funcionamiento y la adquisición de los bienes y servicios necesarios. De esa forma los ha manifestado la Corte en su jurisprudencia, especialmente en Sentencia C-713 de 2009 el Alto tribunal reiteró que “es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado” (CC. C-713, 2009).

Con igual alcance, la Corte señaló que la administración pública, en cualquier tipo y modelo de contratación, debe observar los principios de la contratación. Expresamente dijo:

Es decir que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa” (CC, C-508, 2002).

De la misma forma se pronunció en Sentencia C-562 de 2015, al afirmar que las actuaciones de la administración pública deben desarrollarse de conformidad con los principios de “eficiencia, la equidad, la eficacia y la economía, con el fin de proteger el patrimonio público, la transparencia y moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado” (CC. SC-562, 2015). En esa medida los principios son el soporte que delimita la actividad del Estado, pues solo de esa manera se garantiza que cumplan con sus funciones.

Desde la doctrina también se han pronunciado sobre la conformidad de la administración con los principios rectores de la contratación. Por ejemplo, Santofimio señala que la contratación del

Estado debe subordinarse al principio de legalidad, en el cual “se contiene en el cumplimiento del debido proceso, que siendo dinámico y cotidiano garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al Derecho y a la democracia (Santofimio, 2004 p. 28). Pero, además, la administración debe aplicar los principios constitucionales, de la función administrativa y los contractuales. Dicha observancia seguramente traerá buenos resultados para el Estado, recalca el autor.

Los principios relacionados en esta sección tienen como fuente la Constitución, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Sobre éstos la Corte determinó que no pueden entenderse como simples definiciones legales, sino como normas específicas que son vinculantes para todas las autoridades. Así, en Sentencia C-508 de 2002 pronunció lo siguiente:

Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa (CC. C-508/02, 2002).

En el mismo sentido, en Sentencia C-259 de 2008 la Corte insistió en que la actividad de la administración debe ser diligente en la interpretación y aplicación de los principios de la contratación pública, porque ello se traduce finalmente en la protección y eficacia de los derechos constitucionales. En aquella oportunidad manifestó el Tribunal:

(...) la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial las decisiones adoptadas por la administración; la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y el

conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica (CC. C- 259, 2008).

En síntesis, los principios citados cumplen una función importante en la actividad de la administración pública, especialmente en la actividad contractual, porque imponen una manera de actuar y con ello establecen límites para las autoridades. Además, estos insumos son la fuente, la norma, el parámetro de interpretación del ordenamiento y el deber ser de la contratación pública en Colombia.

A continuación se pretende abordar los principios rectores del SECOP, como son el principio de transparencia, publicidad y eficiencia. Según el Decreto 4170 el objetivo principal de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, administradora del SECOP, “es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado” (Dec. 4170, art. 2. 2011). En la siguiente sección se desarrollará este tema.

2.3. El SECOP y los principios de transparencia, publicidad y eficiencia

2.3.1. El principio de transparencia.

Según la Corte Constitucional, las exigencias que impone la globalización también afectan la administración pública, pues ésta debe actuar de conformidad con los avances tecnológicos y apropiar las herramientas necesarias para “que estén acordes con las transformaciones que han

tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal” (CC. C-662, 2000). En el caso que nos ocupa, de forma complementaria a incorporar las tecnología de la información y de las comunicaciones, la implementación de Sistema electrónico es un avance muy importante para lograr transparencia de la administración, sobre todo en el campo de la contratación pública.

Por medio de esta herramienta de gestión contractual se facilita no solo la eficacia de los principios, sino también de algunos derechos constitucionales fundamentales. En ese sentido la Corte Constitucional señaló que:

Entre otros objetivos: la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la información, en especial las decisiones adoptadas por la administración; la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y el conocimiento oportuno de la información atinente en la contratación estatal, a fin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad jurídica (CC. C-259, 2008).

Para Sierra, el Sistema Electrónico de Contratación Pública es una herramienta que sirve para materializar la gobernanza electrónica, cuyo significado es ejercer el gobierno con apoyo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, para hacer del “acceso de las personas a la vida democrática y participativa del país algo mucho más ágil, efectivo y eficaz” (2016, p. 98). Así, por medio del apoyo digital y electrónico el gobierno quiere fortalecer los principios democráticos, pero también facilitar la comunicación entre los actores contractuales, la administración y la sociedad. Complementa esas pretensiones la de materializar los principios de transparencia, publicidad y eficiencia, entre otros.

Como se dijo, el principio de transparencia se reconoce en el artículo 209 de la Constitución, en la Ley 489 de 1998 y en la Ley 80 de 1993. En esta Ley se establece en los siguientes términos: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (L. 80, art. 23, 1993). La misma disposición reza que en virtud de este principio los interesados tendrán la “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” (L. 80, art. 24, 1993). Igualmente señaló que las actuaciones serán públicas y los expedientes estarán dispuestos de la misma forma.

El principio de transparencia, según lo señala Duque contiene mandatos específicos para la administración, entre ellos el de claridad, publicidad e imparcialidad en el desarrollo de su actividad. De esa manera, el principio de transparencia “invita a quienes intervienen en los procesos de selección a actuar de manera clara, pública e imparcial, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la selección objetiva” (Duque, 2021, p. 93). Este principio, como se puede evidenciar, por su carácter general puede contener o subsumir otros, pero no por ello menos importantes.

Este principio tiene un contenido jurídico específico y autónomo, atributo que le permite aplicarse directamente de forma vinculante; pero, además, su dimensión permite concebirlo como el canal a través del cual se hacen efectivos otros principios y derechos. En esos términos lo ha expresado el Consejo de Estado en su jurisprudencia:

- i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho

de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración (CE, Sección Tercera, No. 25000-23-26-000-1995-00867-01, 2011).

Especial atención merece la igualdad, ya que constituye un mandato de actuar sin discriminación y sin arbitrariedades. En el plano de la contratación pública la igualdad “significaría el cumplimiento de dicho procedimiento con la máxima transparencia- no siendo más que el rompimiento de todos los privilegios, exorbitancias y arbitrariedades que alejan el ejercicio del poder de los intereses generales del mismo Estado y todos sus asociados” (Sierra, 2016, p. 28). La igualdad debe valorarse en todo el proceso precontractual, contractual y poscontractual, solo así se mantendrá el equilibrio que las partes necesitan para competir libremente. En ese mismo sentido lo señala Palacios, quien precisa que el alcance de este principio se extiende a:

(...) garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la imparcialidad respecto de los oferentes, siempre en busca de la propuesta más conveniente al interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad (2016, p. 18).

Como puede apreciarse, el principio de transparencia es un principio transversal en el terreno de la contratación pública, en el sentido de que se erige como norma rectora que actúa en comunión con otros principios para hacer efectivos los derechos de las partes, que en el escenario de la

contratación compiten libremente bajo una reglas previamente establecidas. La claridad, la exclusión de vicios, la honestidad y la publicidad son sus finalidades principales.

2.3.2. El principio de publicidad.

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la función administrativa; en la ley 489 de 1998 de 1998; en la Ley 80 de 1993 y en otras disposiciones normativas. Esta última Ley prescribe en el artículo 31 que la “parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP (...)” (L. 80. art. 31, 1993). Empero, no debe entenderse que son los únicos actos que deben publicarse en el Sistema, el sentido de esta disposición debe entenderse como un mandato complementario al deber de publicar los actos y actuaciones contractuales.

El principio de publicidad en este contexto es entendido como un mandato que impone la obligación de hacer pública la información y documentación contractual, con el fin de garantizar el conocimiento público, crear confianza en la administración, facilitar el control público y asegurar que los actores contractuales adviertan vicios. En la misma línea de argumentación se encuentran Arévalo, Gutiérrez y Pérez, investigadores que han concluido que el principio de publicidad “implica una forma de actuar a la administración pública dentro del proceso contractual, precisamente, orienta la actividad de la administración para dar a conocer la información que se expida en el campo de la contratación pública” (2018, p. 22).

El principio de publicidad está ligado estrechamente al principio de legalidad, especialmente al debido proceso, en el entendido de que permite conocer la veracidad y el contenido de los actos contractuales, con el fin de advertir, reprochar y accionar frente a eventuales vicios y anomalías.

El Consejo de Estado en su oportunidad señaló que el principio de publicidad “implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales” (CE. Sección Cuarta. No. 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC), 2015).

El Consejo de Estado relaciona directamente el principio de publicidad con la exigencia de motivación de los actos de la administración y en particular de los contractuales. La motivación es el presupuesto del debido proceso y del derecho de defensa, pues la garantía de éstos solo es posible si se conocen las razones o motivos de la administración. Al respecto, el Órgano de cierre de la Jurisdicción contenciosa insistió en que:

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración (CE. Sección Segunda. No. 110010325000201000064 00 (0685-2010), 2018).

La exposición de las razones de hecho y de derecho permite en primer lugar el conocimiento público de la actividad de la administración, y en segundo lugar permite observar la oportunidad para interponer los recursos, acciones y medios de control pertinentes, según el caso. Igualmente, un control público a nivel particular o a través de veedurías ciudadanas solo es posible si existe acceso y disponibilidad de la información y de los documentos. Así lo concibe también el Consejo de Estado, cuando afirma que el principio de publicidad, interpretado bajo la lupa del debido proceso, debe entenderse como una exigencia de motivación “y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico dentro del proceso, a

través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción. (CE. Sección Cuarta. No. 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC), 2015).

De lo enunciado se pueden extraer unas conclusiones preliminares sobre este principio: a) el principio de publicidad permite el conocimiento de las actuaciones de la administración realizadas en el SECOP; b) exige expresar las razones y motivos que llevaron a la administración a decidir como lo hizo; c) en relación con ello materializa el principio de legalidad, debido proceso y derecho de contradicción y d) facilita el control público sobre la actividad contractual.

2.3.3. El principio de eficiencia.

El principio de eficiencia informa al ordenamiento jurídico contractual en todas sus fases, procedimientos y trámites. Este principio tiene como finalidad la optimización de los recursos disponibles, en otras palabras lo que persigue es la maximización de los logros con los menores costos. En ese plano se pronuncia la Corte Constitucional, en el momento en el que afirma que el principio de eficiencia representa un “máximo rendimiento con los menores costos” (CC. C-429/97, 1997). En el caso de la publicación y la gestión contractual en el SECOP, el principio de eficiencia se orienta a facilitar el éxito del proceso contractual con los menores costos en términos de tiempo y gastos.

Palacios, refiriéndose al alcance de este principio, plantea que “los procedimientos se deberán adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, sin que se exijan documentos y copias que no sean necesarios” (Palacios, 2016, p. 18). Según lo señala el autor, la actividad de la administración debe orientarse con austeridad, de tal modo que los resultados sean conseguidos con el menor esfuerzo y con el

ahorro efectivo de tiempo y recursos. En otras palabras, los resultados e impactos esperados deben lograrse sin el derroche de los recursos disponibles y en el menor tiempo posible.

Para ello debe existir una planificación previa y la adopción de medidas pertinentes e idóneas encaminadas a lograr los objetivos en un plazo razonable y en un término prudente, sobre todo si se trata de la actividad contractual. En este ámbito, el principio de eficiencia indica que la administración debe promover la adquisición de bienes y servicios a un precio razonable y atributos de calidad. De manera más elaborada lo dice Rengifo (2007), al reiterar que el principio de eficiencia consiste “en lograr que la asignación de los recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados de la administración; es decir, involucra elementos subjetivos que constituyen decisiones políticas, como la conveniencia en la asignación de los recursos orientada al logro de determinadas metas institucionales” (Rengifo, 2007, p. 12).

En relación con el SECOP el principio de eficiencia se traduce en facilitar el acceso y la gestión contractual tanto a las autoridades como a los oferentes. En efecto, el diseño de la plataforma permite registrar la información, subir los documentos, hacer las evaluaciones y calificaciones y gestionar las observaciones de manera fácil y rápida. Al mismo tiempo permite ahorrar tiempo a la administración y a los actores del SECOP, así como el ahorro de gastos, ya que evita desplazamientos, fotocopias, pasajes, entre otros.

Aunado a la eficiencia de costos y tiempo, se puede también mencionar que la plataforma optimiza el proceso contractual, lo cual finalmente quiere decir agilidad y austeridad en el propósito de alcanzar los objetivos de la contratación pública. Su diseño permite a la vez hacer la gestión contractual, el control y las advertencias en función de obtener bienes y servicios de calidad a un costo razonable y en el menor tiempo posible.

Capítulo III

3. El caso de Centros Poblados.

El caso de Centros Poblados ha sido uno de los más mediáticos en Colombia, por la razón de que tocó la sensibilidad social debido a la finalidad del contrato y a la magnitud de la corrupción identificada, a eso se suma la deficiencia de la administración para prevenir e identificar los síntomas de inmoralidad a tiempo. Este capítulo tiene como propósito evidenciar, en el caso Centros Poblados, los hechos de corrupción que terminaron por vulnerar los principios contractuales. Con ese propósito en primer lugar se realizará una descripción general del caso, en donde se tendrá la oportunidad de indagar sobre el proceso de contratación; en segundo lugar la atención se dirige hacia la ejecución del contrato y los síntomas de corrupción y, por último, se pretende conocer el alcance penal de este fenómeno.

3.1. Una descripción general del Caso.

3.1.1. Algunos antecedentes.

Dentro de los objetivos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) se destaca la siguiente: “Promover el uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones entre los ciudadanos, las empresas, el Gobierno y demás instancias nacionales como soporte del desarrollo social, económico y político de la Nación”. El acceso a las tecnologías de la información es indispensable para modernizar la administración pública, facilitar el acceso a la información y promover el desarrollo en todos los campos. A través de estas herramientas se quiere alcanzar el logro de los fines esenciales y de la justicia social.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la equidad”, tiene por objetivo establecer un modelo sostenible para la conectividad social en zonas urbanas y rurales, con base en los siguientes criterios:

i) Inducir, mediante estímulos a la instalación y puesta en servicio de infraestructura, el desarrollo de modelos de negocio para que los servicios de telecomunicaciones se presenten en condiciones de mercado, en aquellos centros poblados que reúnan condiciones mínimas para satisfacer los requerimientos de inversión privada; ii) promover el uso de tecnologías costo-eficientes en las zonas rurales que cuentan con alternativas de sustitución disponibles, con miras a reducir el impacto fiscal de los gastos recurrentes en los proyectos de acceso público a Internet; y iii) optimizar los recursos asignados a los proyectos de acceso en sitios de mayor dificultad geográfica de acceso, con nuevos parámetros de agregación de demanda, plazos de ejecución más extensos que permitan lograr un mayor impacto social en términos de uso y apropiación de la tecnología, y modelos operativos que ofrezcan mayor eficiencia. (Res, 1138, 2020).

Dicho modelo para conectividad digital en zonas urbanas y rurales se financia a través de la Unidad Administrativa Especial del orden nacional “Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Este fondo tiene personería jurídica y patrimonio propio, creado especialmente para financiar los planes, programas y proyectos dirigidos a lograr una “acceso universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como apoyar las actividades del Ministerio y la Agencia Nacional del Espectro, y el mejoramiento de su capacidad administrativa, técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones” (Res, 1138, 2020).

El Ministerio de Educación Nacional, con base en el análisis de las necesidades insatisfechas en cuanto al acceso a las tecnologías de la información, sobre todo en la población rural, decidió dar vía libre al proyecto Centros Digitales, con el cual se pretendía responder a las necesidades bajo los criterios de eficiencia y optimización de los recursos, tratándose de zonas periféricas que por su geografía presentaban problemas de acceso e implementación del proyecto. Teniendo en cuenta esta situación, debía estimarse un plazo razonable para la ejecución, así como advertir los riesgos que el proyecto llevaría.

En ese contexto, atendiendo la naturaleza del proyecto y la cuantía, la modalidad adecuada para la contratación fue la de licitación Pública, establecida en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 1082 de 2015. La cuantía se estimó en “dos billones ciento treinta y ocho mil ciento diecisiete millones doscientos setenta mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos moneda corriente (\$2.138.117.270.447) incluyendo iva, costos directos e indirectos, así como impuestos de carácter nacional y demás impuestos que se causen por el hecho de su celebración, ejecución y liquidación” (Res, 1138, 2020). El proceso fue discutido y aprobado por el Comité de contratación el 12 de agosto de 2020.

3.1.2. Licitación pública y publicidad de la contratación.

Con base en las necesidades identificadas y documentadas en los estudios previos se continuó con el proceso de contratación mediante licitación Pública No. FTIC-LP-038-2020. El objeto de la contratación es:

Ejecutar el proyecto Centros Digitales en la región adjudicada obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico”, al proponente

UNION TEMPORAL CENTROS POBLADOS COLOMBIA 2020, representado por LUIS FERNANDO DUQUE TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.790.932 (Res. art. 2, 1138, 2020).

Siguiendo los parámetros establecidos en el Decreto 1082 de 2015, los estudios previos, el pliego de condiciones y los demás documentos y anexos se publicaron en la plataforma Secop II, con el fin de darle publicidad al proceso de contratación (arts. 2.2.1.1.2.1.1 y 2.2.1.1.1.7.1). La publicación se realizó el 18 de agosto de 2020. Dentro del término de publicidad fijado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015 y con la finalidad de materializar el principio de transparencia, se dio la oportunidad para que los actores de la contratación interesados presenten las observaciones del caso. Las observaciones se resolvieron y fueron publicadas en el Secop II.

Mediante Resolución No. 719 de 23 de septiembre de 2020 se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. FTIC-LP-038-2020. En el mismo acto administrativo se designó el Comité Asesor y Evaluador. Siguiendo con el conducto regular y según el cronograma de actividades, el 28 de septiembre de 2020 se adelantó “la audiencia de asignación de riesgos y aclaración del pliego de condiciones definitivo”. Esta actividad fue realizada a través de la plataforma streaming y publicada a través de YouTube. El acta de audiencia se publicó en Secop II.

Posteriormente, dentro del término de publicidad del pliego de condiciones definitivo se recibieron las observaciones por parte de los proponentes, las cuales fueron tramitadas, valoradas y comunicadas a través de documentos de respuesta. Como resultado de esta fase, , la Secretaría General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expidió y publicó en el Secop II cinco adendas, las cuales modificaron el pliego de condiciones y sus anexos. Las adendas son las siguientes:

1. Adenda No. 1 de fecha 02 de octubre de 2020.
2. Adenda No. 2 de fecha 14 de octubre de 2020.
3. Adenda No. 3 de fecha 15 de octubre de 2020.
4. Adenda No. 4 de fecha 16 de octubre de 2020.
5. Adenda No. 5 de fecha 22 de octubre de 2020.

El 28 de octubre de 2020, mediante Acta publicada en el Secop se surtió el cierre del proceso.

Según dicho documento se presentaron diez (10) ofertas:

Imagen 1. Ofertas presentadas.

NÚMERO DE OFERTA	NOMBRE DEL OFERENTE
1	UNION TEMPORAL RED IRIS conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - BT LATAM COLOMBIA S.A. NIT: 800.255.754-1 (50%) y, - HUGHES DE COLOMBIA SAS NIT: 900.971.687-1 (50%).
2	UNIDAD REGIONAL PARA EL DESARROLLO Y EXPERIENCIA DIGITAL -U-RED conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - PREPACOL TECHNOLOGY SAS NIT: 830.086.645-0 (25%), - E.RT. ESP NIT: 800.135.729-2 (27%), - EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN SA EMTel ESP NIT: 891.502.163-1 (27%), - S3 SIMPLE SMART SPEEDY SAS NIT: 830.120.215-2 (19%), - TIGLOBAL SAS NIT: 901.039.004-7 (2%).
3	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EDEMSATEL SAS Miembro 1: Eléctricas de Medellín – Ingeniería y Servicios SAS NIT: 890.906.413-7 y Miembro 2: Eléctricas de Medellín Perú S.A.
4	UT ETB NET COLOMBIA CONECTADA conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP NIT: 899.999.115-8 (75%) y - SKYNET DE COLOMBIA SAS ESP NIT: 830.059.734-3 (25%).
5	UNIÓN TEMPORAL Conexo TIC conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - ENERGÍA INTEGRAL ANDINA S.A. NIT: 860.533.206-8 (70%), - ARCHIVOS PROCESOS Y TECNOLOGÍA S.A. NIT: 802.023.581-6 (25%) y, - PANAMPROJECT SAS NIT: 830.128.472-5 (5%).
6	UNION TEMPORAL CONECTANDO A COLOMBIA conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - HISPASAT S.A. SUCURSAL COLOMBIA NIT: 900.685.165-0 (33%), - COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP NIT: 830.122.566-1 (33%) y, - NEC DE COLOMBIA S.A NIT: 800.057.310-6 (34%).
7	COMUNICACIONES CELULAR S.A COMCEL S.A NIT: 800.153.993-7

NÚMERO DE OFERTA	NOMBRE DEL OFERENTE
8	UNIÓN TEMPORAL SES INRED, conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - SES TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA SAS NIT: 901.381.480-4 (58.5%) y, - RED DE INGENIERÍA SAS – INRED NIT: 804.012.847-1 (41.5%).
9	CHINA GREAT WALL INDUSTRY CORPORATION con número de registro: 91110000100000198H.
10	UNION TEMPORAL CENTROS POBLADOS 2020 conformada por: <ul style="list-style-type: none"> - FUNDACION DE TELECOMUNICACIONES, INGENIERIA, SEGURIDAD E INNOVACION NIT: 900.485.861-0 (35%), - ICM INGENIEROS SAS NIT: 800.231.021-8 (35%), - INTEC DE LA COSTA SAS NIT: 830.502.135-1 (15%) y, - OMEGA BUILDINGS CONSTRUCTORA SAS NIT: 900.990.182-3 (15%).

Imagen 1. En las imágenes se pueden observar las diez (10) ofertas presentadas. Fuente: Resolución 1138, 2020, pp. 3-4)

3.1.3. Evaluación de ofertas y adjudicación.

Continuando con la descripción cronológica del proceso de licitación, el 06 de noviembre de 2020 se publicó en el Secop II el informe de evaluación preliminar de las ofertas. Enseguida, entre el 09 y el 13 de noviembre de 2020 se realizó el traslado del informe mencionado, al tiempo que se recibieron observaciones y subsanaciones por algunos oferentes. Estas actuaciones quedaron también registradas en el Secop, para efectos de publicidad.

Con el fin de garantizar los principios de selección objetiva, transparencia y particularmente el de igualdad, la Secretaria General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones “expidió la adenda No. 6 de fecha 19 de noviembre de 2020, por la cual se realizaron requerimientos adicionales al informe de evaluación preliminar de los componentes financiero, técnico y jurídico” (Res. 1138, 2020). En el mismo documento se ordenó correr traslado “por el término preclusivo de cinco (5) días hábiles sola, única y exclusivamente respecto de los

requerimientos incluidos en la adenda para los requisitos habilitantes de los proponentes en ella referidos y como consecuencia de ello se modificó el cronograma del proceso” (Res. 1138, 2020).

Luego del traslado del informe de evaluación, del traslado de los requerimientos adicionales según adenda 6 se consolidó el informe de evaluación, publicado el 27 de noviembre de 2020. Este informe, claro está, tuvo en cuenta tanto las observaciones (26 de noviembre de 2020) como los documentos de subsanación recibidos, así como las respuestas a las observaciones dadas por la entidad. El informe señaló que la Unión Temporal Red Iris no cumplió con los requisitos habilitantes financieros. La persona jurídica CHINA GREAT WALL INDUSTRY CORPORATION no cumplió con los requisitos jurídicos.

Durante los días 27 y 30 de noviembre, 1, 7 y 9 de diciembre se desarrolló la audiencia de adjudicación o declaratoria desierta de la Licitación de manera presencial y virtual, siguiendo los protocolos establecidos por el COVID. El protocolo de audiencia se publicó en la plataforma Secop, con el objeto de garantizar el principio de publicidad, transparencia y contradicción de los informes de evaluación. La audiencia por fin finaliza, después de haber sido suspendida en varias oportunidades, como se cita en la primera línea de este párrafo.

En el consolidado del informe de evaluación se tuvo en cuenta las observaciones formuladas en audiencia, observaciones que no prosperaron, por tanto no varió el contenido de la evaluación jurídica y financiera. “Así mismo, se realizó ajuste en el informe de evaluación técnica en lo que hace referencia a la asignación de puntaje, conforme a los documentos de respuesta entregados en el curso de la audiencia” (Res. 1138, 2020). De conformidad con la evaluación se reitera que dos proponentes no cumplen con los requisitos habilitantes.

Acto seguido se procede a evaluar los criterios de ponderación establecidos en el pliego de condiciones con ocho oferentes. Actuando según las reglas previstas en el pliego de condiciones y siguiendo los protocolos establecido para el manejo de aforos por la pandemia, en primer lugar se verificaron las condiciones del lugar y el acceso a la plataforma de transmisión TEAMS; en segundo lugar “se verificó el envío de mensajes en SECOP II con la clave para la apertura del ANEXO (S) No. 8 por parte de los oferentes habilitados para la Región A”. Acto seguido “se realizó

(...) la apertura del ANEXO (S) No. 8 de cada uno de los proponentes habilitados para esta misma región en el orden de recepción de propuestas y se efectuó la asignación de puntaje en el curso de la audiencia, conforme a los criterios de ponderación o calificación de las ofertas indicados en los numerales 6.1. Oferta de requisitos puntuables y 6.3”. Criterios de ponderación o calificación de las ofertas, del Pliego de Condiciones, ordenándolos de mayor a menor puntaje. Así mismo, el Comité Asesor y Evaluador verificó que los proponentes hubieren indicado el valor del presupuesto oficial asignado para la Región A en el cuestionario previsto para la propuesta económica por Región en el SECOP II (Res. 1138, 2020).

Los resultados en la asignación de puntaje fueron los siguientes:

Imagen 2. Resultados en la asignación de puntaje para la Región A.

Puntaje Máximo por Criterio de Ponderación o Calificación de Ofertas				
Trabajadores en Condición Discapacidad	Industria Nacional	Velocidad Adicional	Tiempo Adicional	Centros Digitales Adicionales
1	10	19	30	40

Ofertas realizadas											
Participante	Nombre del Participante	HABILITADO	Trabajadores en condición Discapacidad	Apoyo Industria Nacional	Velocidad Ofertada Adicional		Tiempo Ofertado Adicional		Centros Digitales Ofertados Adicionales		Puntaje Total
			(1 si cumple el mínimo de trabajadores con discapacidad exigido, 0 de lo contrario)	(Especifique 0, 5 o 10 de acuerdo con la normativa aplicable)	(Especifique el número de Mps adicionales)	Puntaje Velocidad	(Especifique el número de meses adicionales)	Puntaje Tiempo	(Ingrese números enteros)	Puntaje Centros Digitales	
7	COMUNICACIONES CELULAR S.A. COMCEL S.A.	SI	1	10	6	19	18	30	2.809	40	100,00
10	UNION TEMPORAL CENTRO POBLADOS 2020	SI	1	10	6	19	18	30	2.518	35,8561766	95,86
4	UNION TEMPORAL ETB.NET	SI	1	10	6	19	18	30	1.833	26,1018156	86,10
8	UNION TEMPORAL SES INRED	SI	1	10	3	9,5	15	25	2.251	32,0541118	77,55
3	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EDEMSATEL SAS	SI	0	10	6	19	18	30	1.014	14,4393022	73,44
5	UNION TEMPORAL CONEXO TIC	SI	0	10	0	0	18	30	902	12,8444286	52,84
6	UNION TEMPORAL CONECTANDO A COLOMBIA	SI	1	10	2	6,333333333	18	30	0	0	47,33
1	UNION TEMPORAL RED IRIS	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
2*	UNIDAD REGIONAL PARA EL DESARROLLO Y EXPERIENCIA DIGITAL U-RED*	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
9	CHINA GREAT WALL INDUSTRY CORPORATION	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00

Imagen 2. En la imagen se pueden observar los resultados en la asignación de puntaje. Fuente: Resolución 1138 de 2020.

De conformidad con los resultados se procede a trasladar el informe de evaluación a los oferentes habilitados para que hagan las observaciones a que haya lugar; sin embargo ningún oferente se manifiesta. Agotada esta etapa:

“El Comité Asesor y Evaluador recomendó la adjudicación del contrato correspondiente a la Región A derivado del presente proceso de selección al proponente COMUNICACIONES

CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificado NIT. 800.153.993-7, representado legalmente por CARLOS HERNÁN ZENTENO DE LOS SANTOS, identificado con cédula de extranjería No. 590.584, en su calidad de Representante legal – Presidente, por valor de hasta UN BILLÓN SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$1.065.564.968.972)” (Res. 1138, 2020).

Enseguida se procede a adjudicar la Región B. Los resultados obtenidos en la asignación de puntaje para esta Región son los siguientes:

Imagen 3. Resultados en la asignación de puntaje para la Región B.

Puntaje Máximo por Criterio de Ponderación o Calificación de Ofertas											
Trabajadores en Condición de Discapacidad	Industria Nacional	Velocidad Adicional	Tiempo Adicional	Centros Digitales Adicionales							
1	10	19	30	40							
Ofertas realizadas											
Participante	Nombre del Participante	HABILITADO	Trabajadores en condición de Discapacidad (1 si cumple el mínimo de trabajadores con discapacidad exigido, 0 de lo contrario)	Apoyo Industria Nacional (Especifique 0, 5 o 10 de acuerdo con la normativa aplicable)	Velocidad Ofertada Adicional		Tiempo Ofertado Adicional		Centros Digitales Ofertados Adicionales		Puntaje Total
					(Especifique el número de Mbps adicionales)	Puntaje Velocidad	(Especifique el número de meses adicionales)	Puntaje Tiempo	(Ingrese números enteros)	Puntaje Centros Digitales	
10	UNION TEMPORAL CENTRO POBLADOS 2020	SI	1	10	6	19	18	30	2.526	40	100,00
4	UNION TEMPORAL ETB NET	SI	1	10	6	19	18	30	1.838	28,1853048	89,11
8	UNION TEMPORAL SES INRED	SI	1	10	3	9,5	15	25	2.290	35,6294537	81,13
6	UNION TEMPORAL CONECTANDO A COLOMBIA	SI	1	10	2	6,33333333	18	30	1.425	22,5653207	69,90
3	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA EDEMSATEL SAS	SI	0	10	6	19	18	30	504	7,9899762	66,98
5	UNION TEMPORAL CONEXO TIC	SI	0	10	0	0	18	30	845	13,3806393	53,38
2	UNIDAD REGIONAL PARA EL DESARROLLO Y EXPERIENCIA DIGITAL U-RED	SI	0	10	2	6,33333333	3	5	406	6,42913698	27,76
1	UNION TEMPORAL RED IRIS	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
7	COMUNICACIONES CELULAR S.A. COMCEL S.A.	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00
9	CHINA GREAT WALL INDUSTRY CORPORATION	NO	0	0	0	0	0	0	0	0	0,00

Imagen 3. En la imagen se pueden observar los resultados en la asignación de puntaje. Fuente: Resolución 1138 de 2020.

Con este resultado se procede a correr traslado del informe de evaluación a los oferentes habilitados para que hagan las observaciones del caso. Ninguno se manifestó al respecto. Por lo anterior:

“(…) el Comité Asesor y Evaluador recomendó la adjudicación del contrato correspondiente a la Región B derivado del presente proceso de selección al proponente UNION TEMPORAL CENTROS POBLADOS COLOMBIA 2020, representado por LUIS FERNANDO DUQUE TORRES, identificado(a) con la cédula de ciudadanía No. 79.790.932, e integrado por: (i) FUNDACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, INGENIERIA, SEGURIDAD E INNOVACIÓN con NIT. 900.485.861-0, representada legalmente por CARLOS ENRIQUE PÁRAMO SAMPER identificado con C.C. 8.673.519, con una participación del 35%; (ii) ICM INGENIEROS SAS con NIT. 800.231.021-8, representada legalmente por JEREMÍAS OLMEDO CABRERA MOSQUERA identificado con C.C. 12.958.841, con una participación del 35%; (iii) INTEC DE LA COSTA SAS con NIT. 830.502.135-1, representada legalmente por HUGO ARMANDO CANABAL HOYOS identificado con C.C. 10.932.959, con una participación del 15% y; (iv) OMEGA BUILDINGS CONSTRUCTORA SAS con NIT. 900.990.182-3, representada legalmente por JUAN SEBASTIÁN VERGARA ORTEGA identificado con C.C. 72.230.985, con una participación del 15%, por valor de hasta UN BILLÓN SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$1.072.552.301.475)” (Res. 1138, 2020).

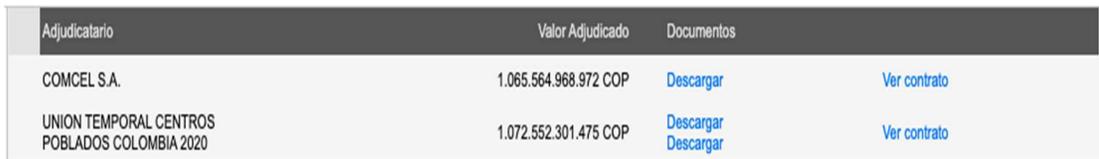
Finalmente, mediante Resolución 1138 del 09 de diciembre de 2020, la Secretaria General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones acogió la recomendación impartida y ratificada por el Comité Asesor y Evaluador y dispuso adjudicar el presente proceso a los anteriores proponentes.

3.2. El contrato, la ejecución y los síntomas de corrupción.

3.2.1. La firma del contrato 1043 de 2020 y su publicación en el Secop II.

Una vez agotada la etapa de adjudicación del contrato se procede con la firma del mismo.

Imagen 4. Publicación de la minuta del contrato en el Secop II.



Adjudicatario	Valor Adjudicado	Documentos
COMCEL S.A.	1.065.564.968.972 COP	Descargar Ver contrato
UNION TEMPORAL CENTROS POBLADOS COLOMBIA 2020	1.072.552.301.475 COP	Descargar Ver contrato

Imagen 4. En la presente imagen se muestra la publicación de la minuta del contrato en el Secop II.

Siguiendo el procedimiento señalado en el pliego de condiciones y respectivas adendas, mediante Resolución 1138 del 09 de diciembre 2020 se adjudicó la “Región B” de la Licitación Pública a la unión Temporal Centros Poblados Colombia 2020, “teniendo en cuenta que cumplió todas las exigencias establecidas en el pliego de condiciones y realizó la mejor oferta para esta región”.

El objeto del Contrato es ejecutar “el proyecto Centros Digitales en la Región B adjudicada obligándose a realizar la planeación, instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar el servicio de Internet bajo las condiciones establecidas en el Anexo Técnico”. El valor del contrato equivale “hasta UN BILLÓN SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$ 1.072.552.301.475,00) en el cual se encuentra incluido el impuesto al valor agregado (IVA), costos directos e indirectos, así como impuestos de carácter nacional y demás

impuestos que se causen por el hecho de su celebración, ejecución y liquidación” (Fondo Único de las Tecnologías de la información y las Comunicaciones, 2020).

3.2.2. Actuaciones del Ministerio.

En términos de la Jefe de la Cartera, lo que se produjo fue un engaño, un asalto a la buena fe de los funcionarios del Ministerio, por lo que de ninguna manera acepta que la tachen de cometer actos de corrupción. La Ministra Karen Abudinen afirma haber realizado las siguientes acciones con el fin de prevenir un daño mayor:

- “1. 27 de mayo - Se recomendó proceso de incumplimiento por el atraso de la meta de los primeros Centros Digitales.
2. 25 de junio - Audiencia de presunto incumplimiento a la que fueron citados UT Centros Poblados y Garante del proyecto. El Banco Itaú anunció que la entidad no expidió la garantía bancaria.
3. 25 de junio - Denuncia ante la Fiscalía General de la Nación con documento radicado No. 212059637, el mismo día de la audiencia de incumplimiento donde se presentó el Banco Itaú. A esta denuncia le hemos hecho 10 ampliaciones.
4. 25 de junio - Traslado a los entes de control: Procuraduría y Contraloría: 16 requerimientos respondidos a Contraloría y 5 visitas o requerimientos atendidos de Procuraduría.
5. 29 de junio - Audiencia de presunto incumplimiento artículo 18 ley 80 de 1993 (caducidad) en contra de la UT Centros Poblados.
6. 19 de julio - Se declara la Caducidad del Contrato 1043 de 2020, por Resolución 1747 de 2020.

7. 30 de julio - Se cambió la supervisión del contrato y se apartó al apoyo de la supervisión.
8. 1 y 6 de agosto - Inspección de la CTI al Ministerio TIC.
9. 2 de agosto - Auditoría de Control Interno.
10. 5 de agosto - Audiencia de Presunto Incumplimiento a la firma interventora, Consorcio PE 2020 C Digitales, responsable de supervisar la ejecución del contrato y avalar los anticipos y giros.
11. 6 de agosto - Requerimiento formal a la Fiducia BBVA sobre Comité Fiduciario y órdenes de pago, con copia a la Superintendencia Financiera.
12. 9 de agosto - Visita a la Fiducia BBVA para revisar los controles y verificaciones de las órdenes de pago.
13. 9 de agosto - Mesa con la Superintendencia Financiera para conocer cómo podían aportar al proceso de acuerdo con las competencias de la entidad, así como el intercambio de información que permita acelerar las acciones pertinentes.
14. 13 de agosto - Caducidad del contrato: los contratistas que conforman la Unión Temporal quedan inhabilitados por 5 años para contratar con el Estado, y cesan automáticamente los contratos que tengan vigentes con cualquier entidad del Estado, a nivel nacional o regional.
15. 13 de agosto - Se ordenó el pago de la cláusula penal pecuniaria que asciende a \$39.015.740.594.
16. 17 de agosto - Requerimiento a la DIAN de la información que certifique y/o aclare si las empresas integrantes de la UT CENTROS POBLADOS COLOMBIA 2020 y NUOVO SECURITY S.A.S. tienen responsabilidad y obligaciones como usuarios aduaneros; y si de acuerdo con la información fiscal que reportan, poseen bienes amparados con documentos

de operaciones realizadas con declaraciones del régimen de importación en el territorio nacional durante la vigencia 2020 y 2021.

17. 19 de agosto - Reinició audiencia de Presunto Incumplimiento a la firma interventora, Consorcio PE 2020 C Digitales, responsable de supervisar la ejecución del contrato y avalar los anticipos y giros.
18. 20 de agosto - Se ordenó el embargo de cuentas y bienes de las empresas de UT Centros Poblados por el pago de la cláusula penal pecuniaria.
19. 20 y 23 de agosto - Continuidad audiencia incumplimiento en contra de la interventoría.
20. 27 de agosto - Audiencia a SESCOLOMBIA por presunto incumplimiento” (MinTIC, 2021).

Teniendo en cuenta las actuaciones del MinTIC podría llegarse a la conclusión de que fue diligente; sin embargo, como se expuso líneas arriba, se presentó negligencia en la revisión de la documentación presentada, no solo por los funcionarios de la Cartera, sino también por los abogados externos y por los interventores. Finalmente, lo sucedido en el caso de Centros Poblados cobró una responsabilidad política, es decir la renuncia de la Ministra Karen Abudinem. Todavía hace falta determinar la responsabilidad penal de la exfuncionaria y de otros funcionarios que estarían presuntamente comprometidos.

3.2.3. La intervención del Ministerio Público.

Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la omisión del MinTIC la Procuraduría General de la Nación interpuso, en escrito separado, medida cautelar de urgencia dentro del medio de control de protección de los derechos colectivos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa,

patrimonio público y acceso al servicio público esencial de internet. La Sub sección A, Sección Primera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 13 de septiembre de 2021 decretó la medida cautelar de urgencia solicitada por la Procuraduría, consistente en “el levantamiento del velo corporativo de las personas jurídicas que conforman la Unión Temporal”; “embargo de cuentas de ahorros y corrientes”; “el embargo y secuestro de los bienes muebles e inmuebles, de rentas y derechos que llegasen a tener en otros contratos firmados con entidades públicas, cuentas pendientes por pagar y cobrar”, (PGN, citado por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021, p. 10).

3.2.4. La caducidad del Contrato 1043 de 2020.

La Ministra Karen Abudinen aclaró en su momento que la caducidad del contrato se debió a la inexistencia de la garantía bancaria y no por supuestos incumplimientos. Dijo expresamente la funcionaria: “La caducidad no se debió al incumplimiento que estaba presentando el contrato en cuanto a la primera meta de Centros Digitales instalados exigidos, sino a la inexistencia de la garantía bancaria” (MinTIC, 2021, párr. 6). La funcionaria en sus pronunciamientos se contradujo en varias oportunidades, ya que de un lado afirmó que no existieron incumplimientos y por el otro admite algunas fallas en la ejecución: “el contratista no solo estaba retrasado, sino que descubrimos que presentó documentos presuntamente falsificados, lo cual constituye un delito penal. Ese mismo día, los denuncié ante la Fiscalía, la Procuraduría, la Contraloría y la opinión pública” (MinTIC, 2021, párr. 6).

Por esos motivos, mediante Resolución 1747 del 19 de julio de 2021 el MinTIC declaró la caducidad del contrato, ordenó a la Unión Temporal Centros Poblados el pago de la cláusula pecuniaria equivalente a \$39.015.740.594.00 e inhabilitó por cinco años a las personas jurídicas

que conforman la Unión Temporal. En el mismo acto ordenó la devolución de los anticipos. El abogado de la Unión Temporal, Jorge Pini Ricci, interpuso los recursos argumentando falsa motivación. La decisión de caducidad fue confirmada el 13 de agosto de 2021.

Posteriormente, el apoderado de la Unión Temporal presentó acción de tutela por la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. El Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico) decretó medidas cautelares frente a la decisión de la Cartera; sin embargo, el Juzgado Octavo Civil de Circuito de Barranquilla declaró improcedente la tutela de la Unión Temporal Centros Poblados contra el MinTIC, por la razón de que la Unión Temporal tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, como el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho. Aprovechó el Juez Octavo para levantar las medidas cautelares ordenadas por el Juez Promiscuo.

3.3. Investigaciones y proceso penal.

3.3.1. La falsedad en las garantías bancarias.

No obstante cumplir con las formalidades del caso, en una fase temprana de la ejecución del contrato se advierten ciertas anomalías que tuvieron su origen en etapas anteriores; asimismo se advierte un eventual incumplimiento en las metas de los primeros centros poblados. En síntesis las anomalías presentadas se resumen en falsedad en las garantías bancarias de respaldo y los incumplimientos en la ejecución del contrato.

La Unión Temporal Centros poblados presentó garantía de seriedad de la oferta emitida por el Banco ITAÚ CORPOBANCA S.A., la cual amparaba el buen manejo y la correcta utilización

del anticipo, cumplimiento, incluido multas y cláusula penal pecuniaria y pago de salarios y las correspondiente prestaciones sociales. La garantía resultó finalmente falsa. Así se expresó en audiencia llevada a cabo el 25 de junio de 2021, afirmación que se ratifica por la señora Claudia Mercedes Cifuentes Rodríguez, Representante Legal para efectos Judiciales y Administrativos del banco ITAÚ, quien manifestó en escrito del 12 de agosto de 2021 que no existe en el registro evidencia de ningún trámite relacionado con dicha garantía.

La sociedad SESCOLOMBIA S.A.S. es la empresa contratista del Ministerio de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que debía hacer la verificación de las garantías. Esta empresa determinó que las garantías se expidieron en debida forma; del mismo modo se pronunciaron abogados externos y los propios del Ministerio. Con base en ese supuesto se aprobaron las garantías el 30 de diciembre de 2020. Con esa aprobación se autorizó el inicio del contrato.

Según el relato de la Procuraduría General de la Nación (PGN), “la Fiduciaria BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, el FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN y la INTERVENTORÍA” autorizaron el 10 de febrero de 2021 a la Unión Temporal Centros Poblados el pago del anticipo, equivalente a la suma de \$70.243.279.599,00. El 26 de marzo de 2021 se realizó el primer comité fiduciario sin la presencia de la entidad financiera que emitió las garantías bancarias. Esta actuación es contraria a las disposiciones que rigen la materia, pues dentro del comité debía participar la entidad financiera ITAÚ.

BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA no fue diligente en el ejercicio de sus funciones, toda vez que no indagó sobre la razón de la ausencia del Banco Itaú en el Comité y, adicionalmente, al remitir la citación al comité el 19 de marzo de 2021, no se percató que la dirección electrónica, contenida en las supuestas garantías, era diferente al

dominio electrónico de las direcciones electrónicas del banco, en Colombia (PGN, citado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021, p. 8).

Pese a esa anomalía que no fue advertida en su oportunidad (o eso se quiere pensar) el Fondo y la interventoría autorizaron dos órdenes de pago que cubrían la totalidad del anticipo. BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. ejecutó dichas órdenes de pago en favor de la sociedad NUOVO SECURITY LLC. Solo hasta el 7 de julio de 2021, la representante legal para efectos judiciales de ITAU informó sobre el estudio grafológico realizado a las garantías bancarias, donde se evidencia falsedad de las firmas. El Ministerio “en el entretanto aparece, como una figura ausente, sin ningún tipo de gestión o actuación hasta que el daño está consumado, y el Banco ITAÚ le advierte de los documentos apócrifos” (PGN, citado por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021, p. 9).

Hasta el momento existe incertidumbre frente a la recuperación del anticipo, ya que la Fiscalía no acepta recibir parte de la ejecución mal lograda por la Unión Temporal. Luis Fernando Duque manifestó que la plata del anticipo se encuentra “en tres lugares, utilizamos \$26.000 millones en la compra de equipos para hacer las 1.0002 instalaciones, el resto está en bodegas nuestras, \$20.000 millones en equipos en bodegas y los otros recursos restantes están en equipos en aduanas” (La República, 2021, párr. 11).

La recuperación de estos dineros devolverá en parte la confianza ciudadana en las instituciones del Estado. Esto sin duda le impone un reto inmenso a la institucionalidad.

3.3.2. La imputación de cargos.

A raíz del escándalo de corrupción se realizaron las capturas de las siguientes personas: Emmilio Tapia Aldana, Luis Fernando Duque y Juan José Laverde. “El operativo lo adelantó el

Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía en las ciudades de Barranquilla y Bogotá, se trata de la captura de los principales implicados en las presuntas irregularidades en el multimillonario contrato del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación” (SEMANA, 2021).

El 23 de febrero de 2022 se realizaron las audiencias de imputación de cargos contra cuatro personas involucradas en este caso: “Ottomar Lascarro Torres y Juan Carlos Cáceres Bayona; Luis Fernando Duque, representante legal de la Unión Temporal Centros Poblados y Juan José Laverde, representante de la empresa Rave Agencia de Seguros. Emilio Tapia Aldana (Tapia fue condenado por el carrusel de la contratación en Bogotá) no pudo asistir por supuestos problemas de conexión en la Cárcel La Picota (FGN, 2021).

Dentro del relato de imputación de la Fiscal 79 Especializada contra la Corrupción, Andrea Muñoz, se afirma que la unión Temporal se constituyó con cuatro empresas, de las cuales dos no cumplían con los requisitos; las otras prestarían cumplían y se prestaron para ganar la licitación, pero no participarían en la ejecución del contrato. En ese tejido criminal Emilio Tapia accedió a pagar a Ottomar Lascarro y a Juan José Laverde 4.000 millones de pesos.

De esa manera:

La Fiscalía estableció que las dos empresas sin experiencia destinaron 15.242 millones de pesos del anticipo para actividades no contempladas y del resorte personal de los representantes, como adquisición de un apartamento, vehículos y una obra de arte; préstamos a terceros, gastos individuales y pago de honorarios.

Los elementos de prueba indican que parte del anticipo, representada en 300.000 dólares, fue transferida a un banco de Miami (Estados Unidos). 250.000 correspondieron a Ottomar

Lascarro y 50.000 a Juan José Laverde, tal como fue pactado desde la constitución de la unión temporal (FGN, 2022).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Fiscalía imputó a Ottomar Lascarro el delito de falsedad de documento privado, fraude procesal y cómplice del delito de enriquecimiento ilícito. A Juan José Laverde se imputó el delito de falsedad de documento privado, fraude procesal y como autor del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. A Luis Fernando Duque Torres se le imputó el cargo de peculado por apropiación a favor de terceros, en relación con los dineros del anticipo, dineros que no fueron invertidos en la ejecución del contrato, como se expresó anteriormente. A Juan Carlos Cáceres Bayona como presunto coautor interviniente penalmente responsable en la modalidad dolosa del delito de peculado por apropiación en favor propio y de terceros, especialmente para Emilio Tapia Aldana (Muñoz, 2022).

3.3.3. El destino del anticipo.

Tapia, Bayona y Duque acordaron realizar pagos con los dineros del anticipo según el plan de manejo, aprobado por el supervisor del contrato, el cual determinaba que el 85% se destinaría en la adquisición de equipos de telecomunicaciones, el 8% en la infraestructura y el 7% en materiales y consumibles. El 29 de marzo de 2021 el señor Duque autorizó a la Fiducia mediante orden de pago 00001 para girar \$58.3001.922.067 a la empresa Nuovo Security LLC, por concepto de adquisición de equipos de telecomunicación, infraestructura y solución de energía y redes. En la misma fecha mediante orden 00002 autorizó el giro de 11.941.357.532 a la empresa Incelsa SAS, para el pago suministro de materiales y consumibles, tendido y montaje de infraestructura y tecnología, comunicaciones y redes. Se aclara que estos pagos corresponden al objeto del anticipo.

De otro lado, a través de dos empresas que hicieron pagos que no corresponden con el objeto del anticipo. El señor Cáceres por medio de la empresa Nuovo Security realizó los siguientes pagos: compra de apartamento, compra de vehículo, préstamos a terceros, gastos personales y demás no relacionados con el anticipo, por un valor de \$7.155.518.737. El señor Emilio Tapia realizó pagos por conceptos de pago a terceros y préstamos personales. Igualmente, a través de Incelsa SAS el señor Cáceres realizó pagos por concepto de préstamos personales y a terceros por un valor de \$1.906.973.166. A su vez, el señor Tapia ordenó el pago de los abogados contratados para el proceso licitatorio por un valor de \$513.320.312 (Muñoz, 2022).

En términos específicos, tanto Nuovo Security e Incelsa SAS, proveedores de la UT Centros Poblados, eran controladas por el señor Tapia y Cáceres, respectivamente. El señor Duque conocía de estas conductas. En resumen, el señor Duque, como representante legal de la UT, autorizó el desembolso del anticipo, permitiendo que el señor Tapia se apropiara de \$6.182.651.053 y el señor Cáceres de 9.062.301.903.

De lo anteriormente relatado puede concluirse que los actos cometidos por estas personas tienen una planificación bien estructurada, que solo es posible en mentes criminales, las cuales mantienen un desprecio por la moralidad y la ética. Apropiarse de dineros que estaban destinados para satisfacer las necesidades de comunicación de niños de zonas apartadas es lo más despreciable que se ha presentado en los últimos años. Se espera que las instituciones de control y el poder judicial hagan su trabajo y actúen con diligencia y con total contundencia.

Análisis de resultados

El Secop permite que las instituciones del Estado puedan cumplir con sus funciones de manera ágil y eficiente, en la pretensión de alcanzar el bien común, el interés general y satisfacer los fines esenciales del Estado. Para lograrlo es claro que debía ponerse en consonancia con los avances tecnológicos, especialmente relacionados con la información y las comunicaciones. En ese afán, el Estado creó el Sistema Electrónico de Contratación Pública, con el cual moderniza la institucionalidad y facilita el desarrollo de la función contractual. Por fin la contratación del Estado dejó de ser manual y transitó a la dimensión digital.

En el desarrollo de este trabajo se encontró que el Secop, como plataforma de publicidad y transacción contractual, es una herramienta que representa un avance importante en la lucha contra la corrupción. En primer lugar permite el acceso a la información y documentos, haciendo del proceso contractual algo público y transparente, ya que cualquier persona puede hacer control social. Lo mismo pueden hacer las autoridades y especialmente los organismos de control. En segundo lugar, el Secop permite la gestión contractual de forma eficiente, representando un ahorro de tiempo y dinero, por lo cual se puede decir que hace efectivos los principios de economía y celeridad, entre otros.

Ello se puede evidenciar en la gestión del proceso contractual que terminó en la adjudicación del contrato a la Unión Temporal Centros Poblados. En efecto, el tráfico contractual se desarrolló sin contratiempos en la plataforma Secop, y cada una de las fases y etapas dejaron constancia informativa y documental. Por ello no puede decirse que el problema de corrupción que se presentó en este caso fue facilitado por la plataforma, al contrario, el Secop otorgó publicidad, transparencia y eficiencia al proceso.

Ahora bien, el problema de corrupción tiene su origen en las actuaciones de los contratistas, los cuales desde una etapa temprana - precontractual - determinaron e indujeron en error a los funcionarios del MinTIC. En las investigaciones de la Fiscalía se llegó a la conclusión desde la misma constitución de la Unión Temporal se presentaron irregularidades, como por ejemplo, de las cuatro personas jurídicas que conformaban la UT dos no cumplían los requisitos, y las que sí no participarían en la ejecución del contrato. Ya, de entrada, esta irregularidad viciaría todo de ahí en adelante. Aquí también se advierte negligencia de las autoridades del MinTIC, en el sentido de que no se percataron de dichos incumplimientos. Se podría aceptar como justificación de las autoridades que los acuerdos, por estar cultos, no podían identificarse; sin embargo, no puede justificarse de ningún modo la falta de diligencia en la verificación de cumplimiento de los requisitos.

Como si no fuera suficiente con esto, los actores de la corrupción falsificaron las garantías que cubrían las eventualidades en la ejecución del contrato, cometiendo el delito de falsedad en documento privado y por ende fraude procesal. Nuevamente la administración, los supervisores y los abogados externos no advirtieron esta situación, que en términos de prevención debían por lo menos verificar la autenticidad de las garantías solicitando la certificación al supuesto generador de las mismas (Banco ITAÚ). Además, de manera contraria a derecho, se realizó la audiencia de riesgos sin la presencia del emisor de las garantías. Esto se debió a que la dirección del correo a la que se envió la invitación no correspondía con el dominio de la entidad bancaria. De identificar esa irregularidad se podía haber evitado la apropiación de los recursos por los corruptos.

Esa falta de diligencia y cuidado también se observa en la gestión del Secop, plataforma que muestra como las garantías fueron aprobadas en cuestión de minutos. Como estas omisiones otras a lo largo del proceso contractual. Teniendo en cuenta estas conductas de los funcionarios no

pueden salvar responsabilidad en este caso, y las autoridades deben llegar al fondo del asunto y determinar si existió complicidad por parte de los funcionarios y contratistas del MinTIC. La Fiscalía y los jueces deben hacer lo propio con todos los involucrados en este escándalo de corrupción.

No hay la menor duda de que tales conductas delictivas afectaron no solamente el desarrollo y la ejecución del contrato, sino la confianza en los funcionarios del Estado, que a esta altura se ven como incapaces, por decir menos. Igualmente vulneraron los principios de la contratación estatal, los fines esenciales del Estado y los derechos de las personas que pudieron ser beneficiadas. El Estado debe demostrar que es capaz de recuperar los dineros, de continuar con la ejecución del contrato, de castigar a los corruptos y de depurar la administración. Eso puede ayudar a recuperar la legitimidad institucional.

Hasta aquí se concluye que el Secop como herramienta de publicidad y transacción cumple con sus propósitos y finalidad, y que lo sucedido con Centros Poblados escapa a la órbita de servicio. Eso no quiere decir que no deba fortalecerse y actualizarse, con el objeto de prevenir que por la demanda pierda su disponibilidad, tal y como sucedió con la contratación previa a entrar en vigencia la Ley de garantías.

Conclusiones

El fenómeno de la corrupción en Colombia se abrió espacio en todas las esferas del Estado, especialmente en el campo de la administración pública y de la contratación estatal. Este hecho es de relevancia pública, por cuanto afecta directamente los principios del orden jurídico, los fines esenciales del Estado y los derechos humanos y fundamentales en particular. Esta afectación se produce en el momento que la corrupción coopta una de las actividades más importantes, la contratación pública, por medio de la cual se materializan los propósitos fundamentales del Estado.

Las respuestas del Estado frente a esa anomalía social se ha dado en distintas dimensiones, como por ejemplo la producción legislativa, mediante la cual se fijan las reglas de conducta y se establecen las sanciones. Igualmente, dentro de tales respuestas se optó por entregar nuevas funciones y crear algunas instituciones cuyas funciones alcancen la contratación pública. En ese sentido los organismos de control como la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía tuvieron que renovarse para enfrentar la corrupción. Aparecen también instituciones como Colombia Compra Eficiente y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Pero, además, fue necesario adoptar mecanismos y estrategias para moralizar la actividad del Estado, dentro de las cuales se destaca el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y particularmente la contratación electrónica.

Teniendo en cuenta este aspecto, se creó el Sistema Electrónico de Contratación Pública, con el cual se pretendió materializar los principios de publicidad contractuales. Con esta estrategia se extrae la actividad del estado del ámbito privado de quienes participan directamente en la contratación y la lleva al ámbito público. De esa manera se facilita el acceso a la información y

documentos, lo cual a su vez facilita el control público y la divulgación del proceso. Además, la plataforma Secop II facilita la actividad transaccional y de gestión de la contratación, reduciendo significativamente los costos en términos de dinero y tiempo.

Finalmente, el Secop tiene como propósito general materializar los principios constitucionales, los de contratación y los propios del Secop. Los principios son, como se afirmó en su oportunidad, prescripciones jurídicas generales; son en otras palabras, los pilares fundamentales del Estado y del ordenamiento jurídico por su valor axiológico y normativo. Entre las funciones de este tipo de normas está la función integradora del derecho, la función interpretativa y la función ideológica. Con ese alcance, los principios representan el sustento de la actividad del Estado y el fin de dicha actividad. Por estas razones, la inobservancia de los mismos conlleva una vulneración de la Constitución, de la moralidad administrativa y de los derechos humanos y fundamentales.

El interés del trabajo se centró en los principios de publicidad, transparencia y eficiencia en relación con el Secop. En efecto, la plataforma como herramienta y estrategia de gestión contractual cumplió con su propósito, especialmente en relación con los principios mencionados. Frente al principio de publicidad el Secop facilita el acceso a la información y los documentos contractuales, abriendo la posibilidad de garantizar por esa vía el debido proceso; frente al principio de transparencia, la actividad contractual en el Secop se desarrolla de forma abierta, teniendo la oportunidad de advertir irregularidades y frente al principio de eficiencia el tráfico contractual permite la austeridad de tiempo y gastos.

Sobre este punto, se concluye que el Secop es una herramienta útil en la actividad contractual del Estado, por la razón de que contribuye a la publicidad, transparencia y eficiencia contractual

del Estado. El conocimiento de los procesos contractuales, el acceso a la información, la disponibilidad de la documentación, la gestión contractual pública son, sin duda, un avance en la intención de moralizar la actividad contractual.

Por tanto, no puede predicarse que el Secop no sirvió en su momento para detectar y controlar la corrupción; al contrario, esta herramienta facilitó que los organismos de control y la ciudadanía verificarán las irregularidades en el procedimiento. El problema de la corrupción es que hace metástasis en cualquier lugar, en cualquier momento y con cualquier persona. Las ventajas de la corrupción, incluso, llevan a asumir cualquier riesgo. Lastimosamente esta es la realidad en Colombia que se debe combatir, no solo a través de mecanismos como los anteriormente mencionados, sino de implementar una educación y pedagogía basada en valores, en el buen gobierno y en la ética de lo público.

Los casos de Reficar, Odebrecht, Centros Poblados son ejemplos de esta problemática. En este último caso de ningún modo puede achacarse responsabilidad al Secop, pues como se dijo anteriormente, es una herramienta que satisface sus propósitos; el problema no es entonces de la plataforma, sino de la inmoralidad de los contratistas, los cuales fabricaron una telaraña criminal para engañar al Estado y lucrarse ilegítimamente. Sin embargo, no puede pasarse por alto la responsabilidad de los funcionarios del Estado, quienes por incapacidad, negligencia y falta de experticia no advirtieron las irregularidades presentadas.

El Secop, en estos términos, es una de las estrategias que más han tenido efectividad y legitimidad por las funciones que realiza. Por ello deben fortalecerse y por supuesto mejorarse, sobre todo en facilitar la búsqueda de los documentos, pues algunos de ellos no están titulados y su identificación termina siendo un proceso agotador. Igualmente la capacidad transaccional y de

gestión debe ampliarse; lo ocurrido con la contratación previa a la ley de garantías puso a prueba su capacidad.

Finalmente se puede afirmar que se pudo validar la hipótesis planteada, en el sentido de que el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) “contribuye a la prevención y control de la corrupción contractual en Colombia desde dos frentes: el primero es facilitando el acceso de la ciudadanía para que ésta conozca la información y los documentos con el fin de hacer un control público; el segundo frente es la optimización del principio de eficiencia, lo cual permite que las transacciones contractuales sean directas, pública y ágiles”.

Referencias y bibliografía

- Álvarez García, E. (2007). La lucha contra la corrupción en Colombia como herramienta para un control social exacerbado. *Estudios de Derecho*, 64 (144), pp. 199-216. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/9876/1/AguirreMauricio_2007_LaluchaCorrupcionColombia.pdf.
- Arévalo, Z; Gutiérrez, A y Pérez, M. (2018). *Eficacia de la aplicabilidad del principio de publicidad en la etapa de evaluación de propuestas bajo la modalidad de licitación pública*. Universidad Libre seccional Cúcuta. Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Contratación Estatal.
- Castro, C. (2009). *Corrupción y delitos contra la Administración pública*. Universidad del Rosario.
- Duque, J. (2021). Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista digital de derecho administrativo* 24, pp. 79-101. DOI: [10.18601/21452946.n24.04](https://doi.org/10.18601/21452946.n24.04).
- Colombia Compra Eficiente. (2013). Circular Externa No. 1 el 21 de Junio de 2013. <https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/adquisicion-bienes-y-servicios/circulares/circular-externa-no-1-de-21-de-junio-de-2013-ccce.aspx>.
- Colombia Compra Eficiente. (2018). Consulta acerca del régimen contractual de instituciones educativas. https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/respuestas_derechos_de_peticion/consulta_acerca_del_regimen_contractual_de_instituciones_educativas.pdf.
- Consejo de Estado [CE], noviembre 03, 2005. CP.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia 11001-03-24-000-2002-00333-01, 2005 (Colombia). Obtenido el 23 de abril de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10000691>.
- Consejo de Estado [CE], agosto 29. 2013. CP.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005) (Colombia). Obtenido el 20 de abril de 2021. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004754>.

Consejo de Estado [CE], febrero 19, 2015. CP.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC) (Colombia). Obtenido el 15 de abril de 2021. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/165/AC/11001-03-15-000-2014-02097-00\(AC\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/165/AC/11001-03-15-000-2014-02097-00(AC).pdf).

Consejo de Estado [CE], septiembre 04, 2015. M. P.: J.Santofimio. Sentencia 2 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) . (Colombia). Obtenido el 22 de mayo de 2021. <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/11001032600020150010300.pdf>.

Consejo de Estado [CE], julio 05, 2018. M.P. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia 110010325000201000064 00 (0685-2010), 2018). (Colombia). Obtenido el 29 de enero de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88501#:~:text=La%20motivaci%C3%B3n%20de%20los%20actos,su%20actuar%20en%20determinado%20se%20entido>.

Contraloría General de la República. (2020). Protocolo para eventos y ejercicios rendición de cuentas. <https://www.contraloria.gov.co/documents/529674/0/ProtocolosRC2020.pdf/5bd67bc3-a4aa-4030-a6e2-1284bed8e392>.

Constitución Política de Colombia [Const. P.]. (1991) Colombia. Obtenido el 30 de octubre de 2021. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional [CC], junio 05, 1992. M.P. Ciro Angarita Baron. Sentencia T-406/92. (Colombia). Obtenido el 24 de octubre de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>.

Corte Constitucional [CC], junio 08, 2000. M.P. Fabio morón Díaz. Sentencia C-662/00. (Colombia). Obtenido el 14 de mayo de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>.

Corte Constitucional [CC], diciembre 05, 2001. M.P. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-1287/01. (Colombia). Obtenido el 27 de enero de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287->

[01.htm#:~:text=Son%20principios%20constitucionales%2C%20entre%20otros,la%20prev
alencia%20del%20inter%2C%A9s%20general%20](#)

Corte Constitucional [CC], julio 03, 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-508/02. (Colombia). Obtenido el 28 de octubre de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm>.

Corte Constitucional [CC], julio 28, 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-784/05. (Colombia). Obtenido el 13 de abril de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-784-05.htm>.

Corte Constitucional [CC], diciembre 05, 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-1034/06. (Colombia). Obtenido el 23 de enero de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1034-06.htm>.

Corte Constitucional [CC], marzo 11, 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-259/08. (Colombia). Obtenido el 27 de abril de 2021. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-259_2008.html#1.

Corte Constitucional [CC], octubre 07, 2009. M.P. María Victoria Calle Correa. Sentencia C-713/09. (Colombia). Obtenido el 22 de febrero de 2021. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-713_2009.html#1.

Corte Constitucional [CC], octubre 15, 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-733/09. (Colombia). Obtenido el 18 de enero de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-733-09.htm>.

Corte Constitucional [CC], septiembre 03, 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-711/12. (Colombia). Obtenido el 13 de febrero de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-711-02.htm>.

Corte Constitucional [CC], mayo 13, 2015. M.P. M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-284/15. (Colombia). Obtenido el 30 de enero de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-284-15.htm>.

- Corte Constitucional [CC], agosto 05, 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-499/15. (Colombia). Obtenido el 28 de octubre de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-499-15.htm>.
- Corte Constitucional [CC], septiembre 02, 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-562/15. (Colombia). Obtenido el 23 de enero de 2022. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=64795&dt=S>.
- Corte Constitucional [CC], mayo 16, 2019. M.P.: C. Pardo. Sentencia C-207/19. (Colombia). Obtenido el 13 de mayo de 2019. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-207_2019.html#INICIO.
- Corte Constitucional [CC], mayo 06, 2020. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-140/20. (Colombia). Obtenido el 14 de enero de 2022. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30039228#:~:text=El%20control%20concomitante%20y%20preventivo,un%20sistema%20general%20de%20advertencia>.
- Correa, M. (2017). Corrupción en Colombia: El lado oscuro de un País en desarrollo. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* 18 (9), pp. 55-74. file:///Users/adrianz/Downloads/Dialnet-CorrupcionEnColombia-6857131.pdf.
- Dávila, L. (2001). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal: Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993. Legis editores.
- Decreto 4791/2008, diciembre 19, 2011. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 17 de junio de 2021. www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=34652.
- Decreto 4170/2011, noviembre 03, 2011. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 17 de febrero de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>.
- Decreto 1082/2015, mayo 26, 2015. Gobierno de Colombia. Obtenido el 23 de junio de 2021. <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>.
- Huertas, R. (1996). *Técnicas de documentación y análisis de la producción y consumo de textos científicos*. Alianza.

- Fiscalía General de la Nación. (2020). Informe de empalme de la Fiscalía General de la Nación-2020. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-de-empalme-de-la-FGN-2020.pdf>.
- Fiscalía General de la Nación. (2022). Fiscalía radica solicitud de imputación por la presunta apropiación de recursos en el contrato entre Mintic y la Unión Temporal Centros Poblados. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-radica-solicitud-de-imputacion-por-la-presunta-apropiacion-de-recursos-en-el-contrato-entre-mintic-y-la-union-temporal-centros-poblados/>.
- Fiscalía General de la Nación. (2022).Fiscalía realizó nueva imputación por la apropiación de recursos destinados a llevar el servicio de internet a escuelas rurales del país. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-realizo-nueva-imputacion-por-la-apropiacion-de-recursos-destinados-a-llevar-el-servicio-de-internet-a-escuelas-rurales-del-pais/>.
- García, M. (1989). Principios generales y principios constitucionales. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) 64, pp. 131-162. <file:///Users/adrianz/Downloads/Dialnet-PrincipiosGeneralesYPrincipiosConstitucionales-27029.pdf>.
- Guzmán, L. (2019). Problemáticas en la contratación pública de mínima cuantía dentro de las entidades públicas con bajo presupuesto. Resultados de entrevistas aplicadas. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* 11(2), pp. 198-211. cielo.org.co/pdf/logos/v11n2/2422-4200-logos-11-02-198.pdf.
- Hernández Sampieri, R., Fernández-Collado, C. y Baptista Lucio, P. (sf). Metodología de la Investigación. MCGRAW-WILL.
- Ley 80/93, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41094. (Colombia). Obtenido el 23 de octubre de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html.
- Ley 715/01, diciembre 21, 2001. Diario Oficial. [D.O.]: No 44.654. (Colombia). Obtenido el 07 de julio de 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html.

- Ley 1150/07, julio 16, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46691. (Colombia). Obtenido el 20 de noviembre de 2021. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html.
- Ley 1444/2011 mayo 04, 2011. Diario Oficial. [DO.]: 48059. (Colombia). Obtenido el 23 de noviembre de 2021. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1444_2011.html
- Mariño, C. (2011). Investigación sociojurídica: estrategias y desarrollo del proceso de investigación. En “Estrategias metodológicas en la investigación sociojurídica”. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Política Criminal.
- Muñoz, A. (2022). Audiencia de imputación a contratistas de Centros Poblados. <https://www.youtube.com/watch?v=zOCFJs1OVEs>.
- Palacios, M. (2016). Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Universidad del Rosario.
- Pastrán A. (2021). Centros Poblados no devolverá los \$70.000 millones porque los invirtieron en equipos. La República. <https://www.larepublica.co/economia/centros-poblados-no-devolvera-los-70000-millones-porque-los-invirtieron-en-equipos-3222870>.
- Perry, G. y Saavedra, V. (2018). Corrupción y crecimiento económico. En Leonardo Villar y Daphne Álvarez (eds), Lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas. cambiar unilateralmente ese estado de cosas que a todos perjudica. FEDESARROLLO. Centro de investigación económica y social.
- Ramírez, A. (1996). Metodología de la investigación científica. Universidad Javeriana.
- Rengifo, A. (2007). Control Fiscal Participativo. Editorial SIC. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12456/principios%20contratacion%20estatal%20-%20copia.pdf?sequence=1>.
- Rincón, B. (2021). Mecanismos y estrategias (normativas e institucionales) disponibles para contrarrestar la corrupción en la contratación pública en Colombia. La acción popular como

mecanismo de control público (Tesis para optar al título de Magíster en Derecho).
Universidad La Gran Colombia.

Santofimio, J. (2004). Tratado de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia.

SEMANA. (2021). ¡Atención! ¿Quiénes son los otros capturados por el caso Centros Poblados?.
<https://www.semana.com/nacion/articulo/atencion-quienes-son-los-otros-capturados-por-el-caso-centros-poblados/202154/>.

Sierra, M. (2016). La aplicación del principio de transparencia en los procesos de selección en la contratación estatal colombiana a través del secop. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Trabajo de Grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo.

Sierra, R. (2003) *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*. Editorial Paraninfo.

Transparencia por Colombia. (2020). *Alertas de corrupción en tiempos de pandemia. Denuncias ciudadanas de corrupción covid 19 atendidas por el centro de asesoría legal anticorrupción (ALAC)*. <https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/informe-alertas-de-corrupcion-en-tiempos-de-pandemia.pdf>.

Transparency International. (2021). *Índice de percepción de la corrupción 2020*.
<https://transparenciacolombia.org.co/2021/01/28/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2020/>.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca [TAC], septiembre 13, 2021. M.P. M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Sentencia 25000-23-41-000-2021-00779-00. (Colombia).
Obtenido el 02 de febrero de 2022.

Veeduría Distrital de Bogotá. (2018). Diagnóstico de seguimiento a la implementación de la plataforma secop en el Distrito Capital (enero de 2011-mayo de 2018).
[http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones%202018/Diagn%C3%B3stico%20de%20seguimiento%20a%20la%20implementacion%20de%20la%20plataforma%20SECOP%20en%20el%20Distrital%20Capital%20\(enero%202011%20-%20mayo%202018\)%20VF%20\(30%20ago%2018\).pdf](http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones%202018/Diagn%C3%B3stico%20de%20seguimiento%20a%20la%20implementacion%20de%20la%20plataforma%20SECOP%20en%20el%20Distrital%20Capital%20(enero%202011%20-%20mayo%202018)%20VF%20(30%20ago%2018).pdf).