

Fracaso del control de legalidad en la adjudicación de contratos públicos en Colombia

Failure of legal control in the award of public contracts in Colombia

Felipe Andrés Heras Montes¹
Jhonny Mendoza Vásquez²

Resumen:	Con la promulgación de la Ley 80 de 1993 en Colombia, se consideró que sería la solución legal definitiva para el tema de la contratación pública, tópico de suma importancia para cualquier país, por tratarse del medio que tiene a la mano cualquier gobierno de turno para la implementación de sus políticas. El contrato público pasa a convertirse en una pieza fundamental o angular de la administración pública, sin él no se podrían ejecutar muchas de las obras que fueron trazadas en los Planes de Desarrollo. Pasados casi 20 años del nuevo siglo el problema con la legalidad acerca de los contratos se encuentra en entredicho, para muchos no ha mejorado, por el contrario, cada día se encuentran mayores dificultades al celebrar un contrato entre el Estado colombiano y los contratistas, incluso se ha prestado para motivar la corrupción en este país. Es esta situación la que conduce a preguntarse en que se está fallando para que la adjudicación de contratos presente tantos problemas.
Palabras clave:	Contrato, Normas, Tutela judicial efectiva, Control legal, Acto administrativo.
Abstract:	With the enactment of Law 80 of 1993 in Colombia, it considered the definitive legal solution for the issue of public contracting a topic of utmost importance for any country as it is the means available to any government on duty to the implementation of its policies. The public contract becomes a fundamental part of public administration without it many of the works that were outlined in the Development Plans could not be executed. After almost 20 years of the new century, the problem with the legality of contracts is in question for many it has not improved on the contrary every day there are greater difficulties when entering

¹ Abogado de la Universidad Libre, Especialista en Derecho Público, Derecho Tributario, Derecho Constitucional, Contratación Estatal y Contratación Pública Española de la Universidad de Salamanca, Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Correo: felipea.heras@unilibre.edu.co

² Abogado de la Universidad Libre, Especialista en Contratación Estatal y Derecho Constitucional, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Correo: jhonny.mendozav@unilibre.edu.co

into a contract between the Colombian State and contractors even they has been given to motivate corruption in this country. This situation leads us to wonder in what is failing so that the award of contracts presents so many problems

Keywords:

Contract, Rules, Effective judicial protection, Legal control, Administrative act.

Introducción

Entrados los años 90 cuando se presenta en Colombia un cambio de modelo económico, década cuando se establece la apertura económica, situación completamente nueva para el país, para muchos un cambio brusco, entrar a competir con los grandes mercados sin contar con las condiciones necesarias para ello, eso sería un desastre, pero, como toda crisis se pudo salir de ella y fortalecernos para lo que se avecinaba, la globalización de la economía, proceso sin reversa.

Frente a esta nueva situación, el país se encontraba en desventaja en relación a las normas de los demás países, los cuales las ajustaron a los nuevos cambios en la economía, sobre todo con lo relacionado a la contratación. Era el momento en que se debía cambiar la norma con respecto a la adjudicación de contratos, la antigua tan solo contempló las variables proteccionistas del país, muy diferentes a las que se presentarían al momento de entrar en una apertura económica donde podrían entrar a competir contratistas foráneos.

Eso condujo a que el gobierno de turno, años 1990 a 1994 presentará un nuevo paquete de normas al legislativo para el Estado estuviera dotado con las herramientas esenciales con miras a esa apertura económica, por cierto, iba a traer desarrollo económico al país, pero todavía falta mucho para llegar a ser un país próspero, donde toda la población pueda tener la igualdad de oportunidades.

Esta es una breve descripción de la génesis de la Ley 80 de 1993, denominada la Ley General de la Contratación Estatal. En su momento fue considerada de vanguardia, venía a solucionar todos los problemas que se tenían hasta el momento sobre el tema de la contratación y adjudicación de los contratos, además se proyectaría hacia el futuro contemplando adelantarse a situaciones imprevistas provocadas por ese cambio de rumbo económico.

Ha de tenerse en cuenta que la contratación pública se ha concebido como un instrumento jurídico al servicio de la administración, por tanto, la Ley 80 de 1993 venía a considerarse como una herramienta bien diseñada para cumplir con ese objetivo. Con base en lo anterior es que se ha formado la noción de contrato administrativo, donde se presenta a una administración pública dotada de ciertas prerrogativas frente al contratista.

Por otro lado, sería sencillo pensar en reducir la contratación pública a una simple técnica jurídica, es mucho más que eso, es sin lugar a dudas una herramienta económica que puede ser empleada por los gobiernos, con el fin de alcanzar determinados fines políticos y al mismo tiempo, como una función estratégica con poder para desarrollar ciertas políticas sociales como ambientales. Estas tres funciones conforman las tres caras visibles de la contratación pública, conformando su régimen jurídico.

Según Garzón, J. (2012):

La Administración pública para satisfacer las necesidades colectivas precisa utilizar personas y cosas; para lograr los servicios de las primeras y la propiedad de las segundas, requiere la participación indispensable de los ciudadanos. Esa participación de los particulares la obtiene en forma obligatoria o voluntaria. En términos de orden general, puede afirmarse que la Administración actúa de manera unilateral, mediante la expedición de los denominados actos administrativos (con imperium, la voluntad del particular no cuenta, ni se considera); de igual manera cuando la participación de los particulares es voluntaria actúa de manera bilateral, es decir, mediante un acuerdo de voluntades: contractualmente. (p. 15)

Por un lado, se presenta un contrato y por el otro el acto administrativo, a pesar de ser dos conceptos que se encuentran ligados, no posible definirlos de una manera sencilla, alrededor de ellos se han suscitados grandes controversias. Los que consideran que el acto administrativo es un acto unilateral y los que consideran lo contrario, que se trata de un acto bilateral, es así como se colocan en contraposición dos de las grandes teorías: la dual y la unitaria.

Aunque estas controversias puedan resultar interesantes, el tema central es de analizar en cualesde las funciones de las mencionadas fracasó el control legalidad en la adjudicación de contratos públicos en Colombia, puesto que se puede determinar como una causa para la

denominada *crisis del contrato público*, a su vez se traduciría en muchos factores negativos para la administración.

Los contratos públicos son unos instrumentos que deben encontrarse totalmente regulados, no pueden existir sin un conjunto de reglas que los conduzca. Desde este punto de vista, hay que partir de la regulación principal (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas modificatorias) donde se encuentran todas las *reglas y los principios* para brindarle una regulación (normalización) a los contratos de las entidades públicas.

Para los contratos no sólo se tienen las normas principales o sustanciales, posteriormente éstas se complementan o desarrollan mediante la aplicación de las normas procedimentales en conjunción con las procesales. A este conjunto es al que se le denomina el control de legalidad de la contratación pública, siendo uno de los factores principales a enfocarse con relación al fracaso que se ha presentado de dicho control en Colombia.

A su vez, la actividad contractual en Colombia se encuentra caracterizada por diferentes fases, lo que permite una mayor dificultad para su control, dentro de ellas se tiene: la precontractual, la contractual y la post-contractual, cada una con sus propios desarrollos, así como la forma de poder controvertirlas.

La fase precontractual es de suma importancia, es donde se define al contratista que va a ejecutar el contrato, es un procedimiento considerado netamente administrativo. Su objeto es el de definir la mejor oferta y poder seleccionar al contratista que presente esa mejor oferta, con objeto de declarar el acto administrativo de adjudicación pertinente y poder pasar a la celebración del contrato estatal correspondiente.

Una de las causas que probablemente ha contribuido a ese fracaso podría encontrarse en que la normativa existente conduce a un control difuso con relación al tema contractual en el país, no se tiene centralizado el control como ocurría en otras latitudes, por un lado, existe el control administrativo, donde procede la instancia de la revocatoria, mientras que el otro tipo de control es el jurisdiccional, para el cual existen diversas acciones como medios de control.

Para mayor claridad, el control de legalidad para la etapa precontractual, por ser un acto administrativo para la adjudicación del contrato se permite: la impugnación del acto

administrativo de adjudicación de contrato, ello no trae consecuencias para la suspensión de la celebración del contrato estatal.

Independientemente de la decisión del control de legalidad que se tome, así se llegue a la nulidad, el contrato se celebra con un proponente sin importar las condiciones del contratista. Por otro lado, el contratista que logra demostrar en sede judicial la nulidad del acto de adjudicación, en ese caso no tiene derecho a la celebración del contrato, ni por medio de una tutela restitutoria, sino a una indemnización, la cual se puede reclamar mediante una tutela resarcitoria.

Es esa indemnización donde se puede vislumbrar simplemente un problema para el Estado colombiano, por un lado, tiene que pagar al contratista al cual se le adjudicó el contrato como debiese ser lo legal, pero, por el otro lado debe pagar una indemnización con lucro cesante, por la utilidad esperada por el contratista al no celebrarse el contrato y al se le otorgó la nulidad vía judicial, sin habersele adjudicado ni celebrado el contrato.

Los efectos negativos de la presente situación son muy evidentes, donde el control de legalidad tal como se mencionó en párrafos anteriores, es participe en su fracaso, donde el presupuesto de la entidad contratante se lesiona por doble vía. Pagando el contrato al contratista adjudicado ilegalmente y al mismo tiempo pagando por concepto de utilidad al contratista que presentó la mejor propuesta, pero a quien no se le adjudicó el contrato.

Eso es tan sólo uno de los aspectos debido al control de legalidad difuso, también hay que estudiar los posibles efectos tanto económicos como jurídicos que se puedan presentar en la actividad contractual existente, a su vez establecer si las tensiones dentro del sistema jurídico colombiano (normas sustanciales y procesales) que regulan la contratación pública, teniendo en cuenta que la normatividad actual, fractura, debido a su estructura, con los objetivos de la contratación pública en este país y los principios estatuidos en la Ley 80 de 1993, más conocida como el Estatuto General de la Contratación.

Antecedentes

No es posible pensar que la contratación pública en Colombia haya iniciado en el siglo XX, cuando se promulgó la Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto General de la contratación, al concretar un marco regulatorio capaz de brindar una estructura coherente a tan delicado tema, por permitir un control de legalidad más efectivo que en el pasado.

Pero no, este concepto se remonta desde el mismo tiempo del surgimiento de la república como una herramienta o instrumento con que debe contar el Estado para poder satisfacer sus necesidades a través de la contratación con terceros, sea en modalidad de prestación de un servicio, la compra de un bien, o sencillamente un trabajo de consultoría, asesoría o de determinados proyectos relacionados con tópicos de importancia para el gobierno.

Asociados a los contratos, no se podría imaginar que para estos no se presentaran unas condiciones las cuales debían cumplirse, como también la forma de dirimir las controversias, por la pertinencia de reglas o normas que debe establecer para la ejecución de los mismos.

Relativo a este punto Durán, R y et. al (2018), expresan sus ideas al mencionar que:

Con el fin de regular la manera, forma y mecanismo de contratación, selección y adjudicación de contratos, de tal suerte que, en primera medida, beneficie el interés general sobre el interés particular. Es decir, que prima el interés del Estado en proteger el patrimonio público, sin que ello implique desconocer el interés y derechos del particular en cuanto a la justa retribución de sus servicios o bienes ofertados, procurando un equilibrio entre los intereses del uno y del otro. (p. 5)

La contratación de por tratarse de un tema bastante complejo, como se expresó anteriormente, presupone de un conjunto de reglas, las cuales, según Bejarano, J. (2009), deben seguir ciertos lineamientos:

En concordancia, para la contratación pública, en cualquier contexto, es necesario contemplar y cumplir con la legislación y las normas establecidas para la legitimidad contractual. Para ello se dispone, como umbral normativo, de la Constitución Política de Colombia y su articulado, derivado en códigos, leyes y decretos reglamentarios. Esto apunta al objetivo de obtener una eficiente gestión de los recursos públicos a partir de los principios establecidos en el Estatuto General para la Contratación de la Administración Pública. Este último se creó, precisamente, para salir del atraso, en esta materia, y garantizar la ejecución acertada del presupuesto asignado. (p. 51)

Anterior a la expedición de la Ley 80 de 1993, se buscó mediante la Ley 222 de 1983, la cual tan solo contó con 14 títulos, establecer cierto orden en el tema, en donde se presentó

en forma detallada, el proceso para la consecución de bienes y servicios a partir de una licitación. Es en este momento que surge el término licitación, siendo este y otros tópicos que motivaron una reacción adversa para este Estatuto, donde se sostuvo firmemente la existencia de un exceso de reglas, controles y revisiones, y el detalle poco despreciable de muchos regímenes contractuales (Bejarano, 2009).

El contrato público, etapas y control de legalidad

Los contratos que se suscriben con el sector público en Colombia contemplan una serie de etapas, dentro de cada una de ellas se tienen diferentes formas para su control de legalidad, siendo constante la diferencia entre una y las demás.

La primera etapa o fase precontractual es de suma importancia para el sector público, de ella es donde se puede llegar a la culminación de un contrato entre el Estado y un particular. Para ello se debe partir de una estandarización en las formas de selección de los contratistas, teniendo presente la existencia de una serie de condiciones sustanciales y procedimentales definidas con anterioridad como los cimientos de la contratación.

Por otro lado, los contratos para llegar a materializarse deben cumplir con una serie de principios, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, que vino a establecer un orden para que la contratación se ajustara a esos principios para garantizar concordancia con los fines de eficiencia en el Estado colombiano.

Para efectos de poder cumplir con el principio de transparencia establecido en la Ley 80 de 1993, para el procedimiento de selección se estipularon varias formas, donde se tiene: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa. Todas ellas pueden conducir a la violación del principio económico (relación costo-beneficio), al tener presente sólo la selección objetiva y no consultar las ventajas que se podrían derivar de los agentes económicos al realizar sus contratos en el Estado.

Precisamente, son ese número de principios que puede tornar un poco difícil el control de legalidad. Como se expresó con anterioridad, en ciertos casos se puede llegar a presentar una colisión entre uno y varios de ellos, lo cual puede repercutir económicamente en los presupuestos estimados como en las finanzas de la nación, con ello se estaría restando recursos que podrían ser muy bien invertidos para el gasto social como sería la educación,

pilar fundamental en cualquier país del mundo.

Al realizar un simple análisis acerca del marco jurídico que soporta la contratación pública en Colombia, lo primero que se puede observar que además de la Constitución Política de Colombia, son muchas las leyes, decretos y resoluciones que contemplan el tema. Que de acuerdo con la opinión de Garzón (2017):

Esta regulación normativa, demuestra el alto nivel de complejidad de la etapa precontractual, por cuanto la diversidad de procedimientos genera mayor probabilidad de irregularidades y de investigaciones de todo orden (disciplinario, fiscal, penal, contencioso administrativo), que en últimas atentan contra la transparencia en esta etapa pre-contractual; facilitando igualmente conductas de corrupción. (p. 86)

Además, de todo lo anterior en la etapa precontractual con relación a la licitación se presentan tres fases bien definidas como son: preparatoria, esencial e integrativa. Cada una con sus procedimientos exclusivos, pero guardando siempre que se cumpla con los estándares judiciales. Sin embargo, en la mayoría de los casos tanto la fase preparatoria como la esencial conllevan una determinada cantidad de tiempo, que para muchos puede ser dilatoria y no efectiva.

Sin lugar a dudas, el objeto de la etapa precontractual es seleccionar al contratista, donde como se ha analizado, en términos sencillos puede considerarse que, para esta, el control de legalidad resulta complejo, factor que fácilmente puede conducir a situaciones de corrupción no deseadas, la cual precisamente se buscaba combatir con la normatividad actual en la contratación estatal.

Si esto apenas acontece cuando se dan los primeros pasos para seleccionar a un contratista con determinado contrato, en la siguiente etapa, donde verdaderamente se ejecuta el objeto del contrato, dado su carácter dual (público y privado) donde se deben estudiar muchas regulaciones, desde el punto de vista civil, comercial y administrativo, hacen que su control legal se convierta en un real dolor de cabeza. A que instancia se debe acudir y con qué tipo regulaciones se deben dirimir los conflictos suscitados dentro de la ejecución misma del contrato.

En resumen, en la etapa contractual para su realización es necesario que se

cumplan los siguientes supuestos: lleno de requisitos legales (Estatuto de Contratación) y el común acuerdo entre las partes, que viene siendo las condiciones ajustadas a los preceptos legales. En todo caso, para dar inicio a un contrato debe existir de por medio la firma del mismo, de lo contrario no resultaría válido a los ojos del Estado. Por ende, el perfeccionamiento del contrato estatal se logra por dos condiciones: su firma y el acuerdo de voluntades (Veeduría Distrital, 2019).

La última etapa o pos-contractual es una de las sensibles por tratarse de la entrega del contrato, así como los desembolsos de dinero por parte del Estado, dando por terminado el contrato previamente celebrado.

Según el concepto de la abogada Herrera (2019) en relación a la etapa postcontractual:

La liquidación de los contratos estatales es una etapa tanto o igual de importante como la etapa de planeación de los Procesos de Contratación. A pesar de ello, las Entidades Estatales dedican poco esfuerzo al cierre de los contratos y ello acarrea desde debilidades de control hasta discusiones sobre la pérdida de competencia para liquidar –expirado el término de caducidad-, esto último imposibilitando a las Entidades cerrar los contratos conociendo el balance real de ejecución que fue contratado y realizando las reclamaciones que resultaren del caso. (Observatorio Colombiano de Contratación Pública).

Por su parte, la Corte Constitucional en su Sentencia C-967 expresó su concepto:

La fase de liquidación es uno de los momentos claves en los que las autoridades culminan su actividad administrativa y de gestión, por lo que se activa la competencia de los organismos de control fiscal para ejercer la veeduría respecto del manejo de recursos públicos.

Control de legalidad, fortalezas y debilidades

Se ha venido mencionando a lo largo del presente artículo el término control de legalidad, para la contratación estatal, en términos sencillos es el sometimiento de los contratos estatales al imperio de la Ley, para que el Estado pueda gozar con un instrumento

idóneo con el cual poder medir y evaluar mismos y brindarle una tranquilidad a los contribuyentes que los tributos van a ser bien invertido (fines del Estado) para el desarrollo y bienestar del país.

Una definición ceñida al derecho es la que viene a expresar Molina (2002), que para para poder ejercer el control de legalidad sobre los contratos estatales es necesario partir por el *respeto del principio de legalidad*, donde el Estado tiene la obligación de respetar ese principio y basar sus decisiones judiciales siempre en una norma superior. (p. 1)

Una de las reflexiones que hace el anterior autor, quien plantea un profundo dilema, al hacer alusión con respecto al acto administrativo frente eventuales circunstancias de urgencia. Donde, la pregunta a realizarse es la siguiente: “Si el acto es ilegal pero los resultados son positivos indispensables. ¿es posible en la Ley Colombiana suspender el acto administrativo para proteger el sistema judicial?” (p. 1)

Otra definición que puede aclarar el anterior concepto es la que sostiene la Contraloría Municipal de Villavicencio en su página web. Para esa entidad es: “la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”.

Resumiendo, el control de legalidad consiste en que todos los actos que conforman la actividad contractual estatal se ajusten a todos los preceptos legales, donde el acto administrativo debe ser en primer lugar pulcro (no viole la ley) y que sea objetivo, donde primen los intereses generales y los fines propios del Estado.

Al tener una visión más o menos global acerca del control de legalidad en la adjudicación de contratos públicos en Colombia, es el momento para enunciar tanto fortalezas como debilidades, aunque se han expresado sutilmente, con su declaración formal sería posible vislumbrar la existencia del fracaso o no del control de esa legalidad.

La principal fortaleza a vislumbrar es que a partir de la Ley 80 de 1993, las subsiguientes leyes y demás normatividad, se dotó al Estado de una poderosa herramienta para direccionar la actividad contractual en este país, que condujera las actuaciones estatales por el sendero de la legalidad, factor de suma importancia por tratar de estar acorde con los fines trazados previamente en la planeación nacional.

También es cierto que hasta la fecha la Ley 80 de 1993 sigue teniendo, sin importar que la hayan actualizado (ampliado, adicionado o mejorado), su esencia sigue siendo la misma, contra ello no se puede discutir, por tanto, una demostración de fortaleza, a pesar del paso del tiempo y de cambios en el panorama tanto interno como externo, sus preceptos siguen teniendo actualidad.

Otra de las fortalezas y de las más importantes es lo que denominaría la unicidad, posterior a la Ley 80 de 1993 se vino a presentar un cambio en la contratación estatal, ello debido a que todos los componentes de la contratación se centraron en una sola Ley, no como en el pasado donde existían muchas relacionadas con el tema de la contratación estatal, uno no se puede imaginar el caos al momento de establecer los controles de legalidad, a los abogados les costaba mucho esfuerzo y trabajo, en primer lugar como entender ese cúmulo de leyes y posteriormente como aplicar esos conocimientos para sacar esas demandas administrativas adelante.

Un ejemplo de lo anterior se puede desprender de los diferentes procesos de selección para contratos estatales. Se distinguen solamente 6 procesos a saber: licitación pública (convocatoria pública generalmente grandes obras o compras), selección abreviada (contratos sin licitación), concurso de méritos (contratación de consultores), mínima cuantía (compra de bienes, servicios u obras cuyo valor sea menor al 10% de la menor cuantía contratante), contratación directa (estipulado en el numeral 4 artículo 2 de la Ley 1150 de

2007) y la innovación; contratación pública electrónica (utilización de un medio electrónico para consecución de un contrato).

A pesar de los procesos de selección, fue un avance para finales del Siglo XX, de esta manera un contratante sabrá de antemano el tipo de contrato al que puede aspirar. Reducir la gran cantidad de procesos existentes antes de 1983 se convierte en una gran fortaleza y gran acierto, no en los procesos en sí, sino la simplificación por parte del Estado a la hora de contratar, ello se traduce en ahorro del gasto público e indirectamente en la población en general.

Es posible que se puedan presentar ciertas debilidades con relación con el control de legalidad a la contratación estatal. Existen teorías donde se establecen donde radican las debilidades de este control, siendo la principal que las diferentes leyes, decretos y resoluciones pueden entrar en colisión, situación que para algunos repercute directamente en ese control, haciendo más difícil su aplicación cuando se fuera a investigar su legalidad.

Una de las teorías más elaboradas es la de Bejarano (2009), quien, partiendo de unas premisas iniciales, llega a establecer de acuerdo con sus argumentos, la existencia de una crisis del control de legalidad para los contratos estatales y si este autor expone esta crisis, no se puede negar que se debe anotar como una debilidad.

En la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario recordar que la etapa precontractual se distingue principalmente por la presencia de un control de legalidad relacionados con los actos administrativos previos y estrictamente, del acto administrativo de adjudicación. Ello significa, y debe recalcar, que la auténtica responsabilidad precontractual, en asuntos de la actividad contractual estatal, llega a materializarse, cuando no se presenta de por medio el control de legalidad del acto administrativo, en estos eventos, ese control de legalidad se establece a través del medio de control de reparación directa (cobrando importancia jurídica los principios de buena fe (Orquidi, 2011) y confianza legítima), por el contrario, al tratarse de un acto administrativo, este se concreta por medio de un control de nulidad y restablecimientos del derecho. (Bejarano, p. 286)

Además, Bejarano al seguir exponiendo sus argumentos contempla:

- Nuestra política legislativa tradicional en materia del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, ha sido constante en permitir dos medios de control: el control objetivo de legalidad (nulidad del acto de adjudicación) y el

control subjetivo de legalidad (nulidad y restablecimiento del derecho). (p. 286)

- Ese control de legalidad del acto administrativo de adjudicación, dada su propia estructura, implica desconocer la denominada tutela restitutoria y solamente aceptar la tutela resarcitoria. (p. 289)
- La estructura del control de legalidad actual, conlleva a desconocer el principio de seguridad jurídica (Rodríguez) en materia de la actividad contractual (Sentencia T-046/95). (p. 290)
- Los problemas nucleares del actual control de legalidad, no se resuelven en estricto sentido, con adoptar una diferente interpretación jurídica. (p. 291)
- La respuesta a los problemas que conlleva el vigente control de legalidad del acto de adjudicación, como se ha sostenido, implica reformular el indicado control. (p. 292)

Como se puede notar, el anterior autor tan solo abordó el tema del control de legalidad desde la adjudicación de los contratos. Sin embargo, hace unas anotaciones bien interesantes, demostrando de manera efectiva las premisas de su teoría.

A su vez Guecha, C. (2012):

Hace algunas reflexiones acerca del control de legalidad de los actos administrativos realizados durante la etapa contractual del procedimiento administrativo de contratación, el cual se lleva a cabo a través de la acción contractual, pero que, sabiendo que esta acción no es de legalidad sino indemnizatoria, es preciso concretar un tipo de control adecuado para dichos actos. En efecto, en el escrito se identifica la naturaleza jurídica de los actos contractuales y su independencia del contrato, para así establecer cuál es el control de legalidad de los mismos. (p. 123)

El argumento del anterior autor se basa especialmente en la dicotomía existente entre la aplicación formal e informal. Significando con ello que hace falta una unificación de criterio al momento de tomar una decisión. Por un lado, se tiene acciones de legalidad como la nulidad y acciones de nulidad en conjunción de informales del derecho (jurisprudencia y doctrina). Realmente, para la existencia de los actos contractuales estos han fluctuado, entre la unidad con el contrato administrativo o estar separados o identificables del mismo. (p.

125)

Otra dualidad que puede llegar presentar un problema de control de legalidad es la que presenta Hoyos (2011), cuando un contrato atenta contra un derecho colectivo, en este podría ejercerse la acción popular, pero, si dicho contrato no se encuentra vulnerando un derecho colectivo, en este caso deberá interponerse la acción de nulidad o nulidad y restauración dado el caso, de igual forma se expuso lo inapropiado de interponer acciones contractuales, en la medida que esta no sea una acción que conciba sancionar la ilegalidad, sea del contrato o procedimiento administrativo. (p. 25)

Profundizando más en las críticas que se le hace a la efectividad del control de legalidad contractual, la autora Bahamón (2018), frente a la creación incesante de normas, lo que comenzó con un único estatuto de contratación, terminó cediendo ante una tendencia caótica del legislador, que lo fracturó hasta tal punto que, sin ninguna revisión detallada y exhaustiva, se hace casi imposible comprender como tampoco conocer las normas que se le deberían aplicar a la contratación estatal. (p. 113)

Esta posición concuerda con la expresada por Bejarano en su tesis, lo que denominó el control difuso de la contratación estatal, pero el planeamiento de Bahamón viene brindar una mayor claridad frente a la dificultad para llevar a cabo ese control, por un lado, conocer todas esas normas y por el otro el saber interpretarlas para poder aplicarlas.

Como consecuencia de lo expresado por Bahamón, es posible deducir la inaplicación de leyes como la ejecución de “procesos indebidos para la celebración de contratos y el desbordamiento de competencias de los órganos insertos en los procesos de contratación estatal” (p. 113)

Para tener una idea de tal producción legislativa, Gómez Lee (2011) expresa que: “para el año 2011 existían en el país aproximadamente 73 decretos regulatorios de la contratación estatal, así como un total de 161 fuentes normativas que daban lugar a más de 3.600 reglas contractuales diferentes” (p. 856), corroborando lo expuesto por Bahamón

Frente a tal alta producción normativa Rincón (2012), afirma:

Tanto en los aspectos puramente normativos como en los prácticos, encontramos que los instrumentos establecidos para regular el ejercicio de la actividad contractual del Estado conforman una maraña de actividades que material y formalmente contribuyen, no solo a aumentar los niveles de corrupción, sino adicionalmente a la parálisis del sistema. (p. 322)

Fuera de contar con una maraña de leyes y decretos, en palabras de Bahamón, “la contratación estatal es ineficiente, en tanto los costos de transacción se elevan sobremanera como resultado de la oferta artificialmente baja, las conductas contrarias a la ley y la celebración de contratos imperfectos”. (p. 115)

Frente al ineficiente control de legalidad contractual presentado, la propuesta de Bahamón se encamina como solución a este problema presentado es que el congreso legisle un nuevo estatuto de contratación estatal donde no solo reúna y sintetice toda la normatividad, “sino que la simplifique y defina lineamientos particulares para la generalidad de los contratos, así como excepciones claras y regladas para su aplicación”. (p. 114)

En complemento a lo anterior, los consejos que expresa Flores (2019), son acertados y de posible aplicación en el país con ánimo de mejorar el control de legalidad. Expresándose así:

Se hace necesario que existan reglas claras en el proceso de contratación, desde las tratativas previas hasta la celebración del contrato administrativo. Asimismo, deben ser prístinas las reglas de interpretación, aplicación y ejecución del mismo, a fin que sean razonables y respondan a criterios de buena fe y justicia contractual.

Otra evidencia clara de la falta de control de legalidad de los contratos son los diferentes delitos tipificados con relación al tema contractual. La Tabla 1 presenta las etapas con los distintos que se pueden cometer en cada una de ellas.

Tabla 1

Etapas contractuales con delitos

ETAPA CONTRACTUAL	DELITOS
Precontractual	Falsa Necesidad Objeto Acomodado Colusión Alteración Mecanismos de Selección Lista de Chequeo Defraudación Direccionamiento Indebido Falsos Proponentes Adjudicación Irregular Celebración Indebida
Contractual	Apropiación Indebida del Anticipo Supervisión Desleal Utilización Indebida del Contrato Estafa Otros Delitos (Falsedades)
Pos-Contractual	Favorecimiento Conformismo (Dentro de este tópico: Recibir a satisfacción lo que no se cumple, renunciar a exigir pendientes, contratar un producto que se archiva, no verificar tiempo de utilidad y tener conocimiento omitir cobro efectivo de las obligaciones pendientes)

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Elaboración propia del autor

Conclusiones

Todo Estado requiere de una serie de controles legales para poder llegar a adjudicar un contrato de la manera más transparente posible, con el objeto de evitar mayores erogaciones al incrementarse los costos por imprevistos ya sean legales o económicos, situación que conduce a un incremento de la corrupción en el país, precisamente por esa falta de controles estrictos, es portanto que se necesita un control de legalidad del acto administrativo totalmente renovado que garantice a toda prueba el haber cerrado la brecha en ese control de legalidad difuso como también el de superar la incoherencia existente entre el marco normativo y las normas de carácter procedimental y procesal, al no poder permitir la existencia de un vacío entre la una y la otra.

No es posible mantener una contratación pública que se ciña a las normas si estas

carecen de toda la fortaleza para imponerse al momento de cualquier enfrentamiento, donde a la postre siempre ganan los contratistas al demostrar que sus actuaciones se ajustan a las leyes y por las cuales no se pueden ver perjudicados al prestar sus servicios al Estado en cualquiera de sus frentes, este problema tan solo se puede resolver con normas fuertes, bien estructuradas y al mismo tiempo que sean inquebrantables, con ello la contratación en Colombia sería diferente, brindándole la oportunidad a aquellos que si puedan realizar sus actos sin la intención de querer esquilmar al fisco colombiano.

Una vez se haya definido claramente la existencia del fracaso del control de legalidad contractual, ello ameritaría que el Congreso de la República legisle un nuevo estatuto de contratación estatal que no solo aglutine y sintetice todas las disposiciones normativas, sino que llegue a simplificarlas y establezca lineamientos específicos para la mayoría de los contratos.

Referencias

Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad

Católicade Colombia

- Bejarano Roncancio, J. J. (2009). *Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición*. Universidad Nacional de Colombia. Repositorio institucional biblioteca digital <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/7/9789587194029.01.pdf>
- Bejarano Roncancio, J. J. (2009). *Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición*. Universidad Nacional de Colombia. Repositorio institucional biblioteca digital <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/7/9789587194029.01.pdf>
- Congreso de Colombia (1993, 28 de octubre). Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial N.º 41094.
- Congreso de Colombia (2007, 16 de julio). Ley 1150 de 2007. Se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la Ley 80 de 1993. Diario Oficial N.º 46691.
- Contraloría Municipal de Villavicencio. (2020). *Que es el control de legalidad*. <http://www.contraloriavillavicencio.gov.co/preguntas-y-respuestas/que-es-el-control-de-legalidad>
- Corte Constitucional (2012, 21 de noviembre). Sentencia C-967/12 (Jorge Iván Palacio Palacio,
- Durán, R., Aracely, L., y Delgado, M. (2018). Características del sistema de contratación estatal en Colombia. *Hipótesis Libre*, (11).
- Fiscalía General de la Nación (2018). *Tipologías de corrupción en Colombia*. Tomo 3. FGN
- Flores, J. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (53), 67-98.
- Garzón, J. (2017). *Contratación pública. Crisis del control de legalidad del acto administrativo de adjudicación* [Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio institucional biblioteca digital <http://bdigital.unal.edu.co/65711/1/79116516.2018.pdf>
- Gómez Lee, I. (2011). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Legis
- Guecha, C. (2008). La acción contractual: Un mecanismo inadecuado para el control de legalidad de los actos contractuales. *Principia Iuris*, (10), 123-135.
- Herrera, E. (2019). Gestión de actividades poscontractuales en la contratación pública. *Observatorio de la Contratación Pública*. <http://www.occp.co/gesti%C3%B3n-de-actividades-poscontractuales-en-la-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica>
- Hoyos, R. (2012). *Nulidad en los contratos estatales*. [Tesis especialización, Universidad de La Sabana]. Repositorio institucional. https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/2705/RICARDO_ARTURO_HOYOS_LANZZIANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Molina, C. (2002). El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia. *Opinión Jurídica*, 1(2), 59-72.
- Molina, C. (2002). El control de la legalidad de los actos administrativos en Colombia. *Opinión Jurídica*, 1(2), 59-72.
- Orquidi, G. (2011). *Buena fe en los contratos*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho
- Rodríguez, J. (2009). *Aproximación al derecho administración constitucional*. Universidad Externado de Colombia
- Salcedo, J. (2012). Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia. *Vniversitas*, 61(125), 319-337.
- Veeduría Distrital. (2019). *Metodología mejoramiento de la gestión contractual en las entidades públicas*. Veeduría Distrital