



# La bipolaridad entre la ejecución fluida de los contratos y la facultad sancionatoria de las entidades contratantes en la contratación pública en Colombia

## Bipolarity between agile Performance of Public Contracts and the Coercive Measures of the administration

Maria Teresa Palacio Jaramillo\*  
*Palacio, Jouve & García Abogados*

### Resumen:

El presente trabajo busca dar cuenta de algunas cuestiones de actualidad sobre la manera en la que la Administración pública viene desplegando su facultad sancionadora en el marco de la ejecución de los contratos públicos.

El análisis busca demostrar como se vienen cometiendo excesos en el ejercicio de esta facultad, causando mayores perjuicios a la contratación pública y no logrando la meta de luchar adecuadamente contra las conductas inmorales y la corrupción. Para ello, se pone en evidencia la concepción errónea en el entendimiento de las funciones del poder ejecutivo, así como las medidas legislativas temerarias que han causado resultados peligrosos en el sector.

### Abstract:

The following article aims to raise awareness regarding relevant issues about the way in which the Public administration has been practicing its sanctionatory attributes in regards to the public procurement contracts performance.

This analysis strives to display how some excesses are being committed in the execution of this power, having a negative effect in public procurement by not achieving the goal of fighting effectively against immoral conducts and corruption.

The purpose of this paper is to expose the misconception entailing the execution of attributes of the executive branch, as well as, the incautious legal measures that have had negative results in this sector.

### Palabras clave:

División de poderes – Potestad sancionadora – Contratación pública – Buena fe contractual – Ejecución de los contratos públicos

### Keywords:

Separation of powers – Sanctioning attributes – Public procurement – Contractual good faith – Development of public contracts.

### Sumario:

1. Introducción – 2. Los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la función pública – 3. La contratación pública como elemento articulador de la dinamización económica – 4. La función sancionatoria genera una tensión perversa entre la entidad contratante y el contratista en la sana ejecución contractual – 5. Los efectos de la función anticorrupción en cabeza de las entidades contratantes – 6. El verdadero interés del Estado está en la conclusión y ejecución oportuna y total de la obra o servicio contratado – 7. De la improcedencia de la sanción de la nulidad absoluta – 8. Bibliografía

\* Catedrática de las universidades de Los Andes y Pontificia Universidad Javeriana en Posgrado y Maestría. Directora Académica de Posgrado Contratación Estatal y su Gestión del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín. Socia Fundadora de la Firma Palacio, Jouve, García, Abogados S.A.S. Contacto: mtpalacio@pjpg.com.co

## 1. Introducción

El tema que ocupará nuestra atención en este ensayo no deja de evidenciar la existencia de serias tensiones entre los planteamientos teóricos de organización del Estado de Derecho y las ramas del Poder Público en nuestros países de tradición francesa y romana, con los “poderes” ejercidos por el mismo en los contratos denominados “públicos” en los que existen potestades administrativas que, incluso pueden ser impuestas unilateralmente al particular contratante, paradigma que genera una serie de consecuencias, no de poca monta, en cuanto a las obligaciones y efectos que surgen de este tipo de relaciones negociales que las diferencia de aquellas propias de los particulares.

La distinción entre ramas del poder en los Estados aparece incluso mucho antes de Montesquieu. Aristóteles<sup>1</sup> hace referencia a tres elementos que componen el poder público y se le identifica como uno de los precursores de la Teoría de la tridivisión y su separación orgánica, vislumbrando de manera más precisa en su libro *La “Política”* específicas funciones acerca de los asuntos de las Asambleas o Consejos; la estructura y funciones de las Magistraturas y las organizaciones del Gobierno, así como tareas de los Tribunales para el ejercicio de la administración de justicia.

El planteamiento de Montesquieu (1689-1755) en “*El Espíritu de las Leyes*”<sup>2</sup>, impactó de manera importante la institucionalidad de los Estados modernos, permeando sus entrañas, a partir de la tesis de la separación de poderes en ramas, como herramienta de control y límite a estructuras absolutistas y autoridades despóticas, equilibrando fuerzas y repartiendo funciones entre diversos órganos de igual peso, en defensa de la libertad natural del hombre y contra las arbitrariedades de los dirigentes.

Así las cosas, el pensador buscó que en Francia se estableciera un régimen de libertades como el que ya regía en Inglaterra, a través de la separación clara de cometidos y competencias entre los poderes judicial, ejecutivo y legislativo, pretendiendo garantizar con ello el equilibrio entre las diferentes fuerzas atendiendo a las diversas funciones desempeñadas por el Estado. Si bien esta teoría ha venido evolucionando, modificándose y complementándose con el paso de los años, y adaptándose a disímiles realidades históricas y políticas, sigue pesando y gravitando sobre las organizaciones modernas, cada una con sus propias especificidades, fundamentando con gran fuerza el Derecho administrativo contemporáneo y dejando huella en el Derecho constitucional.

La diferenciación entre las labores que cumple el Estado –criterio material– es un buen camino para explicar que, aunque el poder es único e indivisible, para efectos de su ejercicio se distribuye en órganos que desempeñan tareas específicas, consolidándose así las tradicionales ramas Judicial, Legislativa y Ejecutiva, sin desconocer la necesidad de mencionar otras como la Electoral, la Fiscalizadora, la de Seguridad y algunas que la evolución ha traído, dependiendo de las realidades puntuales de cada país.

Interesa para nuestro análisis profundizar sobre la Función Administrativa correspondiente, en la acepción tradicional, al denominado “Poder Ejecutivo” o “Rama Ejecutiva del Poder Público”. En punto a su definición encontramos polémicas en torno al concepto mismo. Para muchos se contrae a las actividades realizadas por la Administración pública. Para otros, es aquella tarea residual que se despliega luego de excluir la labor legislativa y la función jurisdiccional. Más precisa, en mi sentir, es la orientación de Sayagués Laso<sup>3</sup> que señala que la Función Administrativa o Ejecutiva es la que desarrolla todos los quehaceres concretos y prácticos encaminados a la obtención inmediata de sus cometidos, vale decir, es aquella que tiende a concretar en hechos la actividad Estatal, coincidiendo con el profesor Eustorgio Sarria<sup>4</sup> que predica que es la función por medio de la cual los gobernantes expresan su voluntad con el propósito de crear una situación jurídica subjetiva o de condicionar una situación jurídica objetiva. En términos generales, está confiada al Gobierno en sentido estricto, vale decir al poder ejecutivo por oposición al legislativo o jurisdiccional. No cabe duda de que la contratación estatal se sitúa en cabeza fundamentalmente del ejecutivo, existiendo la posibilidad excepcional que recaiga en las otras ramas. La administración ejecuta, la jurisdicción produce sentencias y fallos decidiendo conflictos con fuerza legal o castigando infracciones, y la legislativa actúa básicamente a través de leyes, lo que no obsta para que exista una colaboración armónica entre las mencionadas ramas, dada la complejidad que caracteriza el funcionamiento de los Estados modernos, que le asignan al ejecutivo, en cabeza del Gobierno, el cumplimiento de algunas funciones propias de otras ramas.

1 Aristóteles, *La Política* (Madrid: Gredos, 1999), 260.

2 Charles-Louis de Secondat Barón de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes (1748)* (Madrid: Sarpe, 1984), 168.

3 Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo* (Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1953), 42.

4 Eustorgio Sarria, *Derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1968), 2.

Aun así, con las dificultades de los Estados modernos, el ejercicio de la función ejecutiva incide directamente en el desarrollo social y económico de las colectividades, llevando incluso a afirmar al profesor colombiano Luis Carlos SÁCHICA, que el eje del poder político es el ejecutivo como centro de impulsión de la Administración, característica más acentuada en regímenes presidenciales, desbordándose la idea original de ser un simple instrumento para el cumplimiento de la Ley. Afirma el tratadista que “la función ejecutiva se concibe hoy como función gubernamental, con la idea de que le corresponde no solo la ejecución de una política pública sino su formulación y dirección de la cual es instrumento de planeación”<sup>5</sup>.

De lo someramente planteado cabe señalar que, aunque la división de actividades estatales en tres órganos distintos no funciona en la actualidad de la misma manera en que fue planteada en el Siglo XVIII, aún hoy existe la necesidad de evitar la concentración del poder y el abuso del mismo, principio que se mantiene incólume y comprende no únicamente la partición de las labores estatales de acuerdo con funciones especializadas conferidas en forma preponderante a cada órgano atendiendo a la materia, sino principalmente al logro de una finalidad básica que se busca con la organización de la colectividad en Estado para propugnar por su beneficio, evitando eso sí el abuso de los Gobernantes.

Ahora bien, en un modelo como el colombiano, existente también en muchos de los países de América Latina, que preconiza el Estado Social de Derecho, las instituciones propias del Derecho público participan en su funcionamiento en orden a proteger las libertades del hombre y la efectividad de los derechos fundamentales, mirando al hombre como un fin en sí mismo según los razonamientos de raíz Kantiana.

## 2. Los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la función pública

Así las cosas, la Administración pública tiene como fin último proteger, de manera práctica y concreta, los intereses de la colectividad basándose para ello en un importantísimo principio del Derecho administrativo, cual es el de legalidad, que conduce al íntegro sometimiento de la autoridad ejecutiva, en este caso, al pleno de la Ley y al Derecho, vale decir, a una norma superior y anterior, lo que produce un efecto de enorme importancia para la seguridad jurídica, cual es el de la presunción de legalidad de los actos de la Administración, hasta tanto la autoridad competente no retire la decisión de la vida jurídica. No sobra recordar que los principios generales del Derecho, como lo es el de legalidad, son verdaderas fuentes del ordenamiento, con las importantes consecuencias que ello acarrea.

El principio de legalidad en Colombia está estrechamente ligado a la ley positiva en su sentido material y en la Constitución Política se consagra en los artículos 6, 121, 122 y 123<sup>6</sup>. Sin duda, este se instituye como una verdadera reserva al ejercicio desmedido del poder y exige que todo servidor, o quien cumple funciones públicas, sujete su actuar a una normativa de carácter superior, como garantía de los derechos de los asociados, teniendo en cuenta especialmente cuando la Administración se mueve con cierto grado de imperio o discrecionalidad, que es de primer orden de importancia para evitar el abuso del gobernante, máxime si éste es miembro del poder ejecutivo que está pensado, precisamente, para administrar, gestionar o cumplir con mandatos superiores, ya del legislativo o de la autoridad competente. En otras palabras, el servidor público solo puede hacer aquello que le está expresamente autorizado, a diferencia del particular que puede realizar todo aquello que no le este explícitamente prohibido.

Incluso, y si forzamos un poco el concepto –pero teniendo en consideración su fin principal–, podría sostenerse que aquellas actuaciones “discrecionales” de las autoridades, en este caso administrativas, también deben estar sometidas al imperio de la norma en tanto y en cuanto lo discrecional no puede convertirse en irrazonable, ilegal, arbitrario o injusto o en un proceder contrario a la razón en el contexto de lo lógico. En esa medida, también en aquellos eventos en los que el servidor cuente con algunas libertades

5 Luis Carlos SÁCHICA, *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno* (Bogotá: Temis, 1976), 423.

6 “Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

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

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

para su juicio, actuar y configuración, debe obrar con la mesura, prudencia y sensatez propias de quien ejerce una tarea estatal frente a un administrado, aun en actividades meramente contractuales donde tiene gran relevancia el principio de autonomía de la voluntad y de igualdad de las partes, posiciones estas que no tienen exactamente igual significado en la contratación pública que aquella que se posee entre particulares.

Como claramente lo expresa el maestro Juan Carlos Cassagne en su obra “Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo”, el principio de razonabilidad es fundamento de la prohibición de arbitrariedad. Sostiene el autor que un exceso de un administrador público puede exhibir una “desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue. En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad (...) La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad”<sup>7</sup>.

Muy cuidadosos deben ser los administradores en el ejercicio diario y cotidiano de sus tareas, pues es tal su cercanía con el ciudadano del común que es prácticamente el puente entre éste y las distintas esferas del poder, llevando una altísima carga de legitimidad en su proceder, entendiendo por legitimidad aquello que el asociado comprende como cierto, genuino y verdadero, que lo convence íntimamente y lo acepta como beneficioso y justo para su devenir personal y social. Por consiguiente, es claro que no todo lo legal es necesariamente legítimo y viceversa. Es por ello que debe ser propósito fundamental del administrado que sus decisiones no solo sean legales sino también legítimas, pues este proceder tranquiliza y acerca a la colectividad a sus autoridades.

Gran responsabilidad la que compete al ejecutivo para lograr una sociedad armónica y comprometida con propósitos comunes. Divorciar el Estado (su estructura e institucionalidad) de sus gobernados, lleva a la destrucción misma de éste como figura asociativa y da al traste con su concepción y fines primordiales. La administración esta principalísimamente erigida para la preservación y logro de las finalidades estatales y la obtención del bien común. En este punto en específico la Contratación Pública cumple un papel invaluable, pues tal y como claramente lo sostiene la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia), es el medio para lograr los fines del Estado. Su texto, para claridad de este planteamiento vale la pena ser transcrito:

*“Artículo 3° - De los fines de la contratación estatal*

*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

*Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*

### **3. La contratación pública como elemento articulador de la dinamización económica**

De igual manera y aproximándonos al tema de los contratos públicos, donde los servidores del poder ejecutivo son fundamentales actores, junto con los particulares contratantes, se hace necesario señalar que, dentro del contexto general de la globalización económica y el desarrollo de un modelo de estado desmonopolizado, desregulado y competitivo como el planteado en Colombia a partir de la Constitución de 1991, la contratación es herramienta fundamental de desarrollo y la manera de obtener una real competitividad entre los diversos agentes del mercado, incluyendo obviamente al Estado, así como la promoción y vivificación del comercio a nivel nacional e internacional, todo ello dentro de un marco de justicia social y protección efectiva de los usuarios.

Así pues, es importante hacer énfasis en que la contratación pública no es, ni puede ser, un conjunto de normas que regulan los trámites para adquisición de bienes, servicios u obras que necesita el Estado para su funcionamiento, sino que se constituye en un tema medular que determina la manera como se vincularán los sectores públicos y privados al desarrollo armónico e integral de un pueblo.

El manejo de la riqueza y los recursos con que se cuenta; su impacto en la vida del ciudadano; el empleo; la productividad; el avance en las relaciones globales e internacionales; el nivel de vida de los ciudadanos y su relación con el comercio mundial dentro de esquemas de cooperación e intercambio efectivos, eficientes y equilibrados son, sin lugar a equívocos, los propósitos de la contratación estatal y se constituyen en la

<sup>7</sup> Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 168-169.

columna vertebral del movimiento equitativo de la Hacienda Pública, siendo herramienta inmejorable para que un país, su industria, su sector empresarial y, en términos generales, su población económicamente activa, se vinculen con su esfuerzo y ventajas comparativas al desarrollo, engranándose e incorporándose con justicia a la maquinaria económica de un Estado.

La sumatoria de esfuerzos y el concierto armónico de los sectores público y privado en proyectos de toda índole como son la infraestructura, los servicios, las concesiones, adquisiciones y cualquier otra modalidad contractual, propenden por el mejoramiento de la colectividad, impulsando su avance integral. La contratación no es, por tanto –ni puede serlo en un mundo globalizado– un asunto eminentemente doméstico ni regulatorio, sino la puerta de entrada a las ventajas innegables del comercio internacional, la tecnología y los avances de todo tipo, al servicio no de unos pocos sino en pro del interés general y el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes de un territorio. Nada hay que garantice más la paz entre los integrantes de una comunidad que la satisfacción integral no solo de sus necesidades básicas, sino de su calidad de vida dentro de parámetros de justicia e igualdad.

Para ello se requiere emprender –como se ha hecho en muchos ámbitos de nuestros países– cambios significativos y ajustes en las relaciones entre Administración y sus administrados. La democratización de las economías y la igualdad de oportunidades, participación y garantías de los diversos sectores, propendiendo por relaciones más estrechamente convenidas entre los diversos actores del mundo público y privado, incluso redefiniendo y rediseñando el concepto de interés general que en la actualidad podría no obedecer, en su tradicional concepción, a los requerimientos de la sociedad, son derroteros que no pueden ser soslayados sino buscados con toda seriedad.

En Colombia estas ideas se plantearon con claridad a partir de la ya citada Constitución de 1991, orientada hacia la libre competencia, la desregulación, la economía de mercado y una actividad pública enmarcada dentro de principios tales como la igualdad, la publicidad, la moralidad, la economía, eficiencia y eficacia, principios sobre los cuales recaía la valoración sobre los resultados de la gestión estatal y el juzgamiento de la legalidad de los actos del ejecutivo.

En vías a estructurar este mismo esquema, ha desempeñado papel fundamental el rediseño de las normas de contratación estatal a partir del nuevo mandato Superior que transformó nuestro Estado de una fisonomía principalmente monopólica pública a una competitiva, frente a cuyo cambio se hizo necesario emprender un proceso de modernización de la estructura de la rama ejecutiva con base en el artículo transitorio 20 de la Constitución<sup>8</sup>. En el año de 1993, se expide el nuevo estatuto de contratación (Ley 80), concibiéndose esta última normativa como la respuesta a un nuevo estado de derecho, acorde también con la nueva Estructura del Estado.

Es útil para nuestros efectos traer a colación lo sostenido por la autora en el artículo denominado “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”<sup>9</sup>, que indica:

*“La Ley 80 de 1993 es, por tanto, un estatuto que busca fundamental y principalmente que nuestro Estado cuente con las herramientas necesarias para competir, en igualdad de oportunidades y garantías, con el sector privado nacional o extranjero, sin perder con ello su misión social fundamental y la búsqueda del interés general y colectivo. Así, el Estatuto de Contratación se convierte en una de las principales herramientas para el cumplimiento de los nuevos derroteros estatales.*

*Como claramente anota el doctor Jorge García González, en su libro Nuevo régimen de contratación administrativa, (p.13):*

*“El expediente jurídico de la contratación aparece así como uno de los medios indispensables para el desarrollo de las tareas públicas, habida cuenta de su estrecha vinculación con la prestación de los servicios públicos que, como lo dispone la Constitución de 1991, son inherentes a la finalidad social del Estado.*

*Adicionalmente, constituye el instrumento principal mediante el cual se ejecuta la inversión pública y, por consiguiente, es un factor de enorme incidencia en el crecimiento y desarrollo de la actividad económica,*

8 “Artículo Transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”.

9 Maria Teresa Palacio Jaramillo, “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho Público* N° 14 (2002): 25-26.

*especialmente por las múltiples posibilidades de vinculación que representa para los particulares como colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines a través de diversas modalidades contractuales”.*

*Temas como la desregulación, la necesidad de buscar identidades, en lo posible, entre las normas que regulan la actividad contractual del sector privado y la normativa con que trabaja el sector público, produjo como resultado una norma de contratación basada no en trámites y formalidades sino en principios, con amplia incidencia y rescate de la autonomía de la voluntad y con un estricto régimen de controles de gestión, responsabilidades y participación ciudadana.*

*No en vano, uno de los preceptos más importantes de la Ley 80 de 1993 es el consagrado en su artículo 13 donde se señala, sin lugar a equívocos, que la normatividad aplicable a los contratos estatales son las disposiciones comerciales y civiles, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley.*

*Esta previsión es de máximo interés y merece comentarse con cierto espacio. En efecto, las reglas aplicables a la contratación del Estado, en un régimen competitivo y desmonopolizado, no pueden ser distintas a las aplicables para los particulares, sector con quien compite, pues así estaría violándose flagrantemente el principio de igualdad e imposibilitándose el ejercicio de la libre competencia. Por lo anterior, la Ley 80 de 1993 señala directamente como normas aplicables a su contratación el Código Civil y el Código de Comercio, y en lo que no esté allí y se requiera específicamente y de manera puntual para los temas eminentemente públicos, las previsiones adicionales contempladas en la Ley 80 de 1993, como: inhabilidades e incompatibilidades (principios de moralidad y transparencia); selección objetiva de contratistas, que se justifica por el principio de redistribución del ingreso, igualdad y transparencia; potestades excepcionales al derecho común (poder estatal de imperio); registro único de proponentes para ciertos contratos y algunos controles, responsabilidades y participación ciudadana”.*

Esta transcripción ilustra bien la siguiente parte de este ejercicio académico en la medida en que explica la razón por la cual estimo que en nada se opone la aplicación de las normas civiles y comerciales a la Contratación Estatal, como bien lo establece el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>10</sup>. De todas maneras se advierte que no parece plausible pretender que se llegue a un plano de milimétrica igualdad y absoluta equivalencia entre las normas contractuales estatales y las que rigen el Derecho privado a partir de las normativas del Código Civil y de Comercio, teniendo en consideración la existencia de un elemento fundamental presente en los contratos públicos cual es la obligación de buscar, proteger y garantizar el interés general, hecho este que marca una importante diferencia incluso dentro de un contexto de libre competencia a que nos hemos ya referido. También es interesante señalar que los particulares juegan papel importante al ser colaboradores de la administración y, de alguna manera, asumen responsabilidades sociales cuyo ejercicio efectivo ha empezado ya a demandar la colectividad.

Este concepto de colaboración hace referencia a la necesidad de propender conjuntamente por parte de todos los agentes de una sociedad, por la búsqueda del interés colectivo, facilitando un clima de relacionamiento mejor entre los involucrados, mejorando el entendimiento y armonizando las fuerzas del mercado. El ya citado artículo 3 de la Ley 80 de 1993 aún vigente, en este sentido establece que “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

No cabe duda, entonces, que el trabajo mancomunado entre las fuerzas vivas de un país es un buen sendero para el logro de sus fines últimos, estando absolutamente de acuerdo con las palabras del doctor Jorge García González<sup>11</sup> al sostener que el Contrato Estatal “(...) constituye el instrumento principal mediante el cual se ejecuta la inversión pública y, por consiguiente, es un factor de enorme incidencia en el crecimiento y desarrollo de la actividad económica, especialmente por las múltiples posibilidades de vinculación que representa para los particulares como colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines a través de diversas modalidades contractuales”.

#### **4. La función sancionatoria genera una tensión perversa entre la entidad contratante y el contratista en la sana ejecución contractual**

Como corolario de lo expuesto puede afirmarse, con certeza, que la interacción armónica entre contratista y contratante es fundamental para el logro de los propósitos e intereses generales de la colectividad, el crecimiento de la economía y el desarrollo integral de un conglomerado.

Este loable propósito, como se comentará más adelante, se ha visto enrarecido con algunas prácticas, a mi juicio erradas, que han llenado de tensiones innecesarias las relaciones entre los particulares y el

<sup>10</sup> “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

<sup>11</sup> Jorge Ernesto García González, *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike , 1994), 13.

Estado con ocasión de la actividad contractual, desconociéndose la importancia que trae la consecución de metas comunes y el logro de un buen ambiente entre los contratantes encaminado a armonizar sus relaciones, procurando el cumplimiento de los requerimientos del comercio globalmente considerado y el dinamismo que los tiempos modernos exige. En nuestros países, y especialmente en las últimas épocas, se han observado episodios delicados que llenan de pugnacidad las relaciones contractuales entre los sectores público y privado, desatando estas desavenencias, disputas administrativas, judiciales y arbitrales que han paralizado o retrasado la ejecución de grandes e importantes proyectos, con las consecuencias que ello trae para el interés general y el desarrollo, llegándose inclusive a sostener –afirmación con la que concuerdo plenamente– que la Contratación Pública ha pasado del ejecutivo que ejecuta, a la rama judicial que soluciona conflictos. Esta judicialización de la tarea contractual es extremadamente delicada y dificulta el cumplimiento de los propósitos últimos de tan importante herramienta de gestión y desarrollo, generándose inseguridad jurídica, efecto perverso para el comercio.

En Colombia, lamentablemente, esta situación ha venido presentándose en los últimos años con gran frecuencia, hecho que nos aparta peligrosamente del logro del fin último de la contratación pública que es, ciertamente, el cumplimiento del objeto de los planes y programas de desarrollo. La Administración pública no puede pretender garantizar el cumplimiento de los propósitos específicos de cada contratación exclusivamente a punta de actos de autoridad y del ejercicio de poderes sancionatorios, que, por cierto –desde ahora voy señalando– son ajenos a su tarea de ejecución, gestión y administración. Los poderes sancionatorios, *per se*, dirigidos a castigar y penalizar a un contratista, incluso frente a incumplimientos de su parte, no es tarea principal del ejecutivo, sino de otras ramas del poder como la jurisdiccional, incluyendo la penal, la disciplinaria y la fiscal, quienes verdaderamente son las llamadas a constituirse en sancionadores de quien incumpla las normas u obre indebidamente.

Los mal llamados poderes sancionatorios del ejecutivo en su actividad contractual deberían estar dirigidos, única y exclusivamente –y por paradójico que parezca– al cumplimiento final del objeto del proyecto contenido en el contrato, vale decir, que cualquier medida que se adopte para disciplinar a un contratista está encaminada a propender porque el acuerdo de voluntades llegue a ser cumplido en procura del interés que persigue tras de sí. Incluso frente a la más grave de todas las sanciones contractuales existentes en la legislación colombiana, cual es la de la caducidad como potestad excepcional, que se adopta de manera exorbitante por la Administración mediante acto administrativo con poder de imperio, en razón a incumplimientos graves que pongan en peligro la ejecución del contrato y que tiene consecuencias gravísimas para el contratista incumplido como es, entre otras, la inhabilidad para contratar con el Estado por cinco años, no va encaminada, en sí misma, a sancionar al contratista –aunque esta es su consecuencia en la práctica– sino a retirar el proyecto de manos del operador incumplido y entregarlo a otro ejecutor con la finalidad de que este no se paralice. La razón de ser de estas “sanciones” no es otra que la de dar nuevo impulso a los proyectos, evitando que queden inconclusos, abandonados o que se hagan a costos exorbitantemente mayores. Da luz a lo aquí señalado este texto de mi autoría, citado anteriormente que al respecto señala:

*“Para nadie es un secreto que en el país ha venido propiciándose un ambiente de permanentes fricciones entre las entidades públicas contratantes y sus colaboradores, llevando incluso a que sus relaciones se manejen guiadas por la mutua desconfianza y bajo parámetros casi de presunción de mala fe. Estas circunstancias han producido funestas consecuencias para la obtención del objetivo de la contratación, que es el cumplimiento exitoso de su objeto y la remuneración satisfactoria del contratista. Los proyectos inconclusos, el abuso en la aplicación de las potestades excepcionales, las inhabilidades y sanciones pecuniarias enormes; la imposibilidad de o resolver los conflictos directamente entre las partes, la judicialización de las diferencias, las demoras y los mayores costos durante la ejecución de los contratos son temas que se encuentran hoy infortunadamente al orden del día en la agenda propia de la contratación estatal, con los innegables perjuicios que ello trae no sólo a nivel de los contratistas, de la generación de empleo, del movimiento sano de la riqueza, de la seguridad jurídica, sino del cumplimiento mismo de los fines perseguidos por el Estado.*

*No sería excesivo afirmar que hoy, en Colombia, no solo dentro de los procesos de selección de un contratista, sino durante la ejecución y el desarrollo de los contratos, cobra cada vez mayor importancia la presencia de abogados, cuya gestión sin duda está primando sobre la realizada por los profesionales de las áreas técnicas y financieras, lo que en verdad se constituye en una infortunada distorsión de lo que debe ser el manejo de un contrato, que en últimas es un tema eminentemente técnico y económico.*

*Después de estas reflexiones, creo importante mirar un poco el país desde afuera para tratar de entender qué está ocurriendo e incidiendo de manera negativa e incluso impidiendo que tanto los extranjeros, como los propios nacionales, deseen prestar su concurso y facilitar su experiencia y capital, en orden a vincularse al desarrollo de proyectos contractuales estatales”<sup>12</sup>.*

12 Palacio Jaramillo, “Parámetros constitucionales...”, 27-28.

Aunque nadie duda que la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia durante la ejecución y desarrollo de un acuerdo de voluntades de naturaleza estatal es una labor del contratante público o con funciones públicas, ello no implica en momento alguno que el proceder de los gestores públicos se convierta en semillero de conflictos que enarezcan y compliquen las relaciones con sus contratistas, en desmedro de alcanzar verdaderamente el propósito buscado. La actividad y gestión contractual debe desplegarse en orden a alcanzar el cometido buscado con el acuerdo de voluntades y no a generar que el colaborador mute, desde el momento mismo en el que se suscribe el contrato, en la más feroz de las contrapartes, rodeando su relación de desconfianza, presunción de culpa, violaciones al principio de la buena fe y comportamientos incluso que rayan con la deslealtad, todo ello en contra de la obtención de los propósitos buscados y del cumplimiento de las importantísimas funciones del contrato estatal.

La generalización de estas prácticas es de una gravedad supina e impacta negativamente la gestión de la cosa pública, haciéndose de enorme interés entender que la buena fe y la confianza se erigen en principios sustantivos para el cumplimiento de los fines de la contratación. De no estar presentes, se crea un abismo infranqueable entre la Administración y sus administrados, siendo incluso posible llegar hasta la deslegitimación y desinstitucionalización de un Estado, horadándose con ello sus bases más profundas. Los excesos en el manejo del poder, máxime cuando estos se presentan en relaciones contractuales basadas en el principio de igualdad y conmutatividad, no solamente tiene las consecuencias ya citadas en precedencia, sino que indefectiblemente conducen a que los oferentes y futuros contratistas entiendan que se ha desbordado el riesgo, conduciéndolos a aumentar los precios de sus ofrecimientos. A mayor riesgo, mayor precio; esta conclusión no es un secreto para nadie, así como también no lo es el hecho de que existan, abiertamente conocidas en el mercado, listas de precios distintas cuando se trata de contratos entre particulares a cuando se tiene que negociar con una entidad pública. Esto no debería ocurrir, y tendríamos que estar preparados para tomar medidas que eviten los excesos de los funcionarios gestores que entienden que su tarea debe dirigirse a sancionar al contratista independientemente de las resultas que esto traiga para el proyecto mismo y el propósito que se busca con él.

Como sostiene el profesor Fernando Sáinz Moreno en su obra "La buena fe en las relaciones de la administración con los ciudadanos"<sup>13</sup>

*"(...) Un arquetipo de conducta social, la lealtad en los tratos, proceder honesto, esmerado, diligente... significa comportarse lealmente en la confianza de que ese comportamiento leal será correspondido en igual medida por la otra parte. El valor ético – social que se expresa en la buena fe es el de la confianza – confianza en que la rectitud personal, honeste –vivere– no será causa de daño ni para otro ni para uno mismo."*

## 5. Los efectos de la función anticorrupción en cabeza de las entidades contratantes

Si a este ambiente enrarecido se le suma el errado entendimiento, muy de moda en la actualidad, de conformidad con el cual es labor del servidor público, el interventor o supervisor de un contrato, proteger la moralidad administrativa o prevenir actos de corrupción tutelando la transparencia de la actividad contractual, como parte de lo que se debería entender como correcta ejecución del contrato, el panorama es desolador, pues confunde y entrelaza conceptos bien distintos, desdibujando la verdadera misión de quien debe buscar el cumplimiento de los acuerdos de voluntades, no como parte del principio de moralidad o como herramienta anticorrupción, sino como titular del deber de hacer que el contrato se cumpla en las condiciones pactadas de calidad y precio.

Ante las crecientes denuncias de corrupción en el manejo de lo público, nuestros países han caído en la trampa mortal de enmarañar las tareas de las diversas ramas del poder público y convertir al ejecutivo en titular de la función sancionadora que pertenece –como ya se ha visto a lo largo de este escrito– fundamentalmente a la rama judicial y a los órganos de la función de vigilancia y control como son, por ejemplo en Colombia, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General, todas ellas diseñadas y expertas para hacer este tipo de juzgamientos, y entrenadas profesionalmente para llevar a buen puerto y liderar campañas anticorrupción y calificar –tarea esta ya bastante compleja– como inmoral o moral una determinada conducta o actuación, o promover tareas de prevención que eviten actos de corrupción en la actividad contractual, lo cual por supuesto no implica que el ejecutivo deba desempeñarse dentro de los más estrictos parámetros de probidad y ética.

La simbiosis entre las tareas que debe cumplir cada uno de los agentes que intervienen en el manejo de la cosa pública, y la confusión que se ha tenido frente al contrato estatal como presunta herramienta

13 Fernando Sáinz Moreno, "La buena fe en las relaciones de la administración con los ciudadanos". *Revista de Administración Pública* n° 89 (1979): 293-314.

anticorrupción, han puesto al país y a muchos otros de nuestra región en graves predicamentos al entender que la aparición de sujetos con comportamientos que atenten contra la transparencia y la moralidad tiene la virtualidad de echar al traste la ejecución de proyectos, muchos de ellos de gran envergadura, produciéndose entre otros efectos el abandono de obras, el fracaso de iniciativas de negocios, pérdidas de empleo, desincentivo de los inversionistas y la sepultura de muchos esfuerzos que no se han podido concretar por hechos particulares de corrupción que en muchas ocasiones nada tienen que ver con el cumplimiento del objeto mismo contratado, existiendo para su investigación y castigo otras autoridades y otros caminos bien definidos y expeditos consagrados en las normas.

Mezclar nociones tales como “moralidad administrativa” o “corrupción” con la ejecución y adecuado cumplimiento del objeto de un contrato estatal para otorgar a la parte pública, a través de sus servidores, la función de “sancionar” al contratista por incumplimientos o por violaciones a dichos principios, es tarea temeraria y de consecuencias difíciles de prever y valorar, máxime si se tiene en cuenta el enorme inconveniente que se existe para definir, de manera precisa, conceptos de contenido abierto y ambiguo (moralidad y corrupción) que en muchas oportunidades requieren la interpretación casuística de un juez.

Adjudicarle la misión de prevenir actos de corrupción y el cuidado de la moralidad administrativa a un funcionario público a través del ejercicio normal de vigilancia, control y seguimiento del objeto de un contrato estatal es, en mi sentir, un error que no solo desinstitucionaliza el Estado, sino que le hace un flaco favor a la culminación exitosa, eficiente y eficaz de los objetos contratados, generando desconfianza y estupor en los inversionistas y llenando de riesgos innecesarios y costosos el ejercicio de la actividad contractual en el ámbito de lo público, esto sin contemplar que incluso, en algunos casos recientes de alta connotación de nuestros países, se ha llegado a sostener que el comportamiento corrupto de algún personaje involucrado con cualquiera de las partes contractuales, puede llegar a viciar de nulidad absoluta el acuerdo de voluntades por objeto o causa ilícitos. Este es un tema de enorme trascendencia que se hace importante tratar con cuidado para evitar consecuencias funestas en la gestión y cumplimiento de los contratos.

No cabe duda alguna que es menester iniciar una cruzada y una guerra frontal contra las faltas de moral y de ética, y emprender una batalla sin cuartel contra la corrupción y las malas prácticas en cualquier escenario en las que estas se den. Sin embargo, no puede dejarse de lado que, en orden a lograr la pureza en la contratación, se caiga en el error de que el remedio sea peor que la enfermedad, otorgando poderes y herramientas sancionatorias al ejecutivo en su tarea contractual, alejándolo de sus propósitos y literalmente invadiendo competencias que no le son propias, sembrando desconcierto e inseguridad jurídica en el mundo de los negocios, sin lograr con ello la meta de luchar contra la corrupción y hacer que el contrato se cumpla a cabalidad. Por el contrario, todo este caos lo que ha producido es el efecto inverso, llenando a nuestros estados de demandas y, de contera, de proyectos inconclusos, fallidos o excesivamente onerosos.

Tenemos que poseer la capacidad para dividir correcta y armónicamente las tareas de cada una de las ramas del poder público y sus agentes, asignándoles su misión, derroteros y competencias de manera clara, y encontrando caminos efectivos y creativos que logren los propósitos perseguidos sin que –como está ocurriendo en Colombia– se avizore un caos que esta incluso permeando, como se verá, nuestra legislación en materia del contrato estatal.

En efecto, hay necesidad de dar certeza a los quehaceres y competencias de las diferentes autoridades públicas, entendiendo que la distribución de las tareas, como ya se anotó en parte precedente de este escrito, entre los diferentes entes y órganos, es ante todo una garantía para los derechos de cada individuo en orden a proteger las libertades y lograr el cumplimiento de las finalidades públicas y el interés general de los administrados.

Las atribuciones de cada servidor son expresas y provienen directamente de la normativa existente, entroncando con el principio de Legalidad, luz y faro del Derecho administrativo. Así las cosas, la discrecionalidad o libertad de acción de un servidor está demarcada por la ley en su sentido amplio y no por lo que provenga de su voluntad o querer. De ahí la importancia de que la regulación refleje lo que la Constitución prescribe, especialmente en lo que hace referencia a las tareas sancionatorias del poder ejecutivo.

En nuestra legislación, obedeciendo a una lógica y sensatez fuera de duda, los artículos 4° y 5° de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia) prescriben una serie de deberes y correlativos derechos que surgen para las partes con ocasión de la celebración de todo contrato estatal, en los que explícitamente se consagra que ellas están obligadas a que el objeto del contrato se cumpla en las condiciones pactadas. Los co-contratantes deben aunar esfuerzos y desplegar toda su

capacidad gestional, operativa, técnica y financiera con el propósito fundamental de que el proyecto llegue a concluirse de óptima manera para permitir que se satisfagan las necesidades y metas buscadas con él. Así las cosas, la intención obvia de la normativa y del contrato mismo es el compromiso mutuo de proteger la finalidad última del acuerdo de voluntades lo que conlleva, sin duda, que incluso la Entidad dirija sus esfuerzos a proteger al contratista y remover con su actuar los escollos que vayan presentándose durante el desarrollo de este que puedan entorpecerlo o complicarlo, facilitando su conclusión y cumplimiento.

Por su parte el contratista, como colaborador que es de la administración, tiene el deber de apuntalar a la Entidad, no solo como experto que es en la materia específica, sino con su proceder leal, de buena fe y sentido de servicio, para la culminación feliz del proyecto a su cargo, obviamente sin dejar de lado la obtención de los beneficios económicos, de experiencia y los demás que trae para él la ejecución tranquila del acuerdo. En esta dirección van, por ejemplo, los numerales 3° y 8° del Artículo 4°, y 2° y 5° del Artículo 5° del Estatuto arriba citado que textualmente indican:

*“Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales.*

*Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:  
(...)*

*3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.  
(...)*

*8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*Artículo 5°. De los derechos y deberes de los contratistas.*

*Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:  
(...)*

*2°. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entorpecimientos que pudieran presentarse.  
(...)*

*5°. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.*

*Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato”.*

El concurso solidario de contratista y contratante para remover y sortear dificultades, debería ser la luz del sendero para que el proyecto se desenvuelva de manera óptima. No obstante lo anterior, desafortunadamente ciertas prácticas, ideas y planteamientos, que van exactamente en el sentido contrario han hecho carrera llenando de pugnacidad, desconfianza y tropiezos en ocasiones insalvables, la relación entre los distintos agentes, entronizando la presunción de mala fe como elemento actuante, complicando extremadamente el desarrollo de los contratos hasta el punto incluso del colapso de proyectos de enorme importancia para el colectivo. Hay que rodear de garantías el contrato para que logre su propósito y trabajar mancomunadamente, e incluso con la sociedad y los diversos agentes que la componen, para que no se dé al traste con el enorme esfuerzo no solo económico, administrativo, gestional, sino de tiempo que debe hacerse para procurar el éxito de un determinado programa que se ha pensado y estructurado con enorme esfuerzo, máxime en países que, como el nuestro, están en vía de desarrollo.

## **6. El verdadero interés del Estado está en la conclusión y ejecución oportuna y total de la obra o servicio contratado**

En este orden de ideas y por paradójico que parezca, la utilización de herramientas dirigidas a sancionar al contratista, deben estar pensadas y estructuradas con el fin de salvar el proyecto, inclusive terminándolo

de manera unilateral para entregarlo a otro interesado que logre su continuidad y plena ejecución. La Administración contratante, como ya lo he anotado, no son *per se* autoridades sancionadoras, sino ejecutoras.

El poder de *imperium* del Estado está diseñado y persigue con su aplicación práctica el alcance de los fines y propósitos que justifican la existencia misma del Estado, cual es el bienestar de la comunidad y la primacía del interés general. La atribución de facultades excepcionales al Estado o a quien ejerce una función pública, están dadas para alcanzar la prosperidad general de la sociedad y, por ende, toda esta normativa tiene un carácter estrictamente finalista.

Bien ilustrativas son las palabras del Tribunal Supremo español en sentencia del 22 de febrero de 1982 cuando señala:

*"(...) la supremacía de la administración en el contrato está justificada, no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios. La primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación".*

Valga en este punto del análisis entrar de lleno a comentar algunos temas que en Derecho colombiano han planteado serias discusiones, que también han sido trabajadas en otras latitudes, por el enorme impacto que causan en la obtención del fin de la Contratación Estatal, cual es el del cumplimiento real efectivo de los contratos y no en la creación de conflictos que dejan legados de desolación, de inseguridad jurídica y de proyectos fallidos, todos ellos relacionados, por el momento, en el indebido entendimiento que se ha tenido sobre el poder sancionatorio que tienen las entidades públicas y la razón de ser de este tipo de poderes excepcionales. Valga aclarar que, como se verá, de considerarse válidas las tesis aquí expuestas, sería necesario variar y ajustar la legislación vigente que ya incluye estos que yo denominaría "errores de concepto".

En primer lugar, se hará referencia a una tendencia que consiste en relacionar la corrupción en la contratación estatal, con la nulidad absoluta de los contratos que, de alguna manera, se ven impactados por ella, produciéndose una grave tensión, en casos concretos entre los principios de legalidad con los de transparencia y moralidad que, como ya se mencionó, tienen un contenido abierto y ambiguo soportado en conceptos indeterminados, lo que implica una gran dificultad para definirlos *a priori*, sin la intervención casuista de un juez.

## 7. De la improcedencia de la sanción de la nulidad absoluta

Trascendentes decisiones se han adoptado recientemente en Colombia ante evidentes actos de corrupción presentados en proyectos de infraestructura de gran envergadura en los que se ha declarado la nulidad absoluta de estos acuerdos, por tener objeto o causa ilícitas.

Mi entendimiento es que, en casos como el arriba planteado, se hace menester hacer una reflexión cuidadosa y repensar si la consecuencia es y puede ser, en todos los eventos, la misma, vale decir terminar el proyecto en cuestión.

Sancionarse con la nulidad absoluta un contrato estatal, con los devastadores efectos que ello trae, no parece ser en todos los escenarios la respuesta correcta. Existen múltiples casos en los que, no obstante aparecer con nitidez un elemento corruptor en el actuar de cualquier agente de alguna o ambas partes del contrato, este elemento no guarda relación con la ilicitud del objeto o de la causa que motivó el acuerdo.

Para dar una mayor ilustración a este punto, vale la pena traer a colación la útil e ingeniosa clasificación que se planea en la obra "El arbitraje nacional frente a la corrupción"<sup>14</sup> según la cual existen contratos "por la corrupción" o "para la corrupción".

Después de precisar que los contratos para la corrupción:

*"son contratos de intermediación que, bajo una calificación formal (comisión, corretaje, mandato, representación, asistencia administrativa, asesoría técnica, consulting agreement, agency, sponsoring), esconden su objetivo de influir indebidamente para obtener la celebración de otro contrato. Así las cosas, el intermediario se obliga para con la empresa que le encarga la misión a influir en un tercero –mediante entrega o promesa de dádivas o a través de ciertas presiones– con el fin de que éste celebre un contrato con aquella".*

14 Fabricio Mantilla Espinosa, Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa, *El arbitraje nacional frente a la corrupción*. (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2018), 50-82.

A su turno, frente a los contratos “por la corrupción” señalan los autores lo siguiente:

*(...) Después de haber precisado el régimen aplicable a los contratos para la corrupción, nos resta, entonces, analizar los contratos por la corrupción, es decir, aquellas convenciones cuyo objeto no se encuentra prohibido, no contraviene al derecho público de la Nación, y no persiguen objetivos contrarios al orden público y las buenas costumbres, sino que, simplemente, en su celebración hubo entregas o promesas de dádivas o prebendas indebidas.*

*Ahora bien, en la definición adoptada resulta indiferente que los actos de corrupción hayan o no determinado la celebración de la convención, es decir, consideramos que el contrato es por la corrupción por el simple hecho de que se hubieran presentado las entregas o promesas de dádivas o prebendas indebidas.*

*De acuerdo con esta definición, debemos descartar una eventual nulidad por objeto ilícito, pero ¿podría considerarse que tienen causa ilícita?*

*Razonemos a partir de un caso hipotético: una empresa –pública o privada– celebra un contrato con otra para realizar una obra perfectamente lícita. Durante su ejecución se presentan unas desavenencias entre las partes concernientes a los pagos y a los avances de la obra; estos conflictos son puestos en conocimiento de un tribunal arbitral y, en medio de la etapa probatoria, se logra establecer que un empleado –mandatario, agente, funcionario– de la contratante fue determinado por la entrega o promesa de dádivas o prebendas indebidas para la celebración del contrato.*

*¿Podría el árbitro calificar estos hechos en la categoría contractual causa ilícita? La respuesta afirmativa no resulta evidente. En efecto, por un lado, la situación no parece cumplir con las condiciones de la causa ilícita y, por el otro lado, la sanción por nulidad absoluta podría resultar completamente inapropiada.”*  
(...)

*En términos simples, la corrupción no se encuentra en los fines contractuales comunes, sino sólo en los medios de su celebración. Esto es tanto más cierto cuanto que uno de los contratantes sería, en alguna forma, “víctima” de la corrupción de uno sus empleados, ya sea por el otro contratante o bien por un tercero.*  
(...)

*Ahora bien, si tenemos en cuenta que en estos casos una de las partes es, de cierta forma, “víctima” de la corrupción, la sanción de nulidad absoluta podría resultar inapropiada y, a la hora de nona, incluso, perjudicial para sus intereses.*  
(...)

*Si se considerara que los contratos por la corrupción tienen causa ilícita, el árbitro no tendría más remedio que declarar la nulidad absoluta, con todas las consecuencias que esto implica. En pocas palabras: subsumir estos hechos en la categoría contractual de causa ilícita no sólo resulta improcedente, sino, también, inconveniente.”*

Bajo este planteamiento –que comparto en toda su extensión– no es lo mismo ni se puede abordar de igual manera la solución que se dé a los contratos en los que la corrupción aparece como el fin perseguido por el acuerdo, caso en el cual indiscutiblemente se estará ante un objeto ilícito y por ende será nulo absolutamente, con las específicas consecuencias que ello conlleva. De igual manera, en la medida en que el motivo que induce a contratar se encuentra prohibido por la ley también existirá causa ilícita con iguales efectos, como sostiene Louis Josserand en su libro “Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado”<sup>15</sup> sin olvidar “que para que se presente este fenómeno debe tratarse de los motivos que se han pactado, es decir de los que ambos contratantes han tenido en cuenta para hacerlo. No de otra manera podría ser pues de lo contrario el contrato perdería su firmeza y seriedad”.

En este orden de ideas soy de la opinión que, en aquellos eventos en los que el contrato tiene objeto y causa lícitas, aun cuando en ellos se hubiesen dado actos de corrupción por parte de algún empleado o persona en particular, sin que esta circunstancia hubiese estado relacionada directamente con el objeto mismo del acuerdo, no sería procedente sino, muy por el contrario, inconveniente declarar la nulidad absoluta del mismo dando al traste con su objeto y finalidad. Podría sí, y así debe hacerse, activar el actuar de las autoridades penales, fiscales, disciplinarias e inclusive acudir a la nulidad relativa que comporta consecuencias bien distintas. No debe dudarse en castigar severamente los comportamientos contrarios a la moral. No obstante lo cual, y dentro del marco que he venido comentando, hay que procurar que los gestores públicos tengan un margen de discrecionalidad (cuando no estemos frente a un objeto y causa ilícitos) para que la ejecución del contrato continúe y preservar su objeto y finalidad garantizando la efectividad de su resultado.

15 Louis Josserand, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado* (Granada: Editorial Comares, 2018), 137-214.

Creo importante traer a colación alguna reflexión hecha por la autora en el artículo que se encuentra pendiente para publicación en la Universidad de los Andes denominado “Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción”<sup>16</sup> al sostenerse:

*“Para cerrar esta reflexión y con el propósito de buscar caminos creativos a una grave encrucijada en la ejecución del proyecto de enorme impacto para el desarrollo del País, podría pensarse eventualmente en un ajuste a la norma de contratación que permita que no todas las situaciones de hecho se juzguen bajo el mismo racero y sean consideradas como objeto y causa ilícitas, teniendo como efecto la nulidad absoluta de los contratos estatales. Es por eso que deben analizarse salidas creativas, no solo relacionadas con posibles ajustes de la legislación, sino, por ejemplo, definiendo el camino alrededor del dolo como nulidad relativa o cualquiera otra medida en pro de buscar que los proyectos se cumplan, se ejecuten de manera eficaz y se logre el cumplimiento de los fines de interés general que busca la contratación estatal.*

*Lo único claro es que Colombia debe tomar, como país, una decisión seria, responsable, ingeniosa y, si se quiere, con algo de arrojo, para que el desenlace de la corrupción individual no sea echar al traste los proyectos creando desempleo; abandono de las obras; fracaso en las iniciativas; pérdida de las inversiones y fundamentalmente, sepultando todos los emprendimientos que tanto esfuerzo nos han costado.*

*En todo este asunto del manejo y ejecución de importantes megaproyectos salpicados de corrupción, tanto en el caso que se esté en presencia de objeto y causa ilícitas, como cuando no nos encontremos frente a estas figuras jurídicas, es menester involucrar al interventor no como un tercero, sino como un supervisor representante de la administración que tiene la misión fundamental, no de ser un perito técnico, sino un actor cuyo esfuerzo debe dirigirse precisamente a que se cumpla cabal y fielmente el objeto del proyecto. En esta medida es urgente ingeniar la metodología para hacerlo, ya sea por contrato o por pliegos, sujetándolo a la cláusula compromisoria del contrato vigilado, con el propósito de que responda por las resultas de su misión.”*

En el propósito trazado y alertando sobre la prudencia que debe tenerse al aplicar el Derecho administrativo sancionador que puede convertirse, si se ejecuta de manera incorrecta y sin los móviles y motivaciones adecuados, en un gran enemigo del desarrollo, debo reseñar, así sea de manera somera, un par de temas adicionales que están causando serio impacto y no colaboran precisamente con la buena marcha de los proyectos públicos.

La legislación colombiana, a partir de la lucha frontal que ha emprendido contra la corrupción, ha consagrado –en mi sentir, erróneamente– en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) que es labor de las interventorías, además de su misionalidad propia, que consiste en vigilar desde el punto de vista técnico la ejecución idónea de un contrato, la de velar por la moralidad administrativa, asignándole al interventor una tarea para la cual no está preparado y que le es extraña a su misión como es la de prevenir actos de corrupción; tutelar la transparencia de la actividad contractual y proteger la moralidad administrativa. Descomunally desacierto hacer esta mixtura de tareas completamente desarticuladas pretendiendo que un interventor este condenado a hacerse responsable de cargas y deberes extraños a su competencia técnica y que corresponden institucionalmente ser cumplidos por otras autoridades, estas sí debidamente capacitadas. Estas normas han conducido a convertir la interventoría en un actor principalísimo moviéndose en un campo desconocido y peligroso, obligándosele a hacer juicios de valor moral frente al actuar de los contratistas. Como si fuera poco, de no cumplir las labores extrañas que se le han impuesto, está sujeto a sanciones de extremada gravedad como, por ejemplo, quedar inhabilitado para contratar por el término de cinco años en el caso de no llevar a cabo estas tareas de vigilante moral de la sociedad. Así mismo puede verse abocado a responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados debido al incumplimiento del deber de información, frente a la Entidad, de casos de corrupción en que presuntamente incurra el contratista. Normas como estas plantean un enorme reto y deben ser repensadas, pues conducen a escenarios complejos llevando a la sociedad no solo a una enorme pugnacidad interna, sino a confusiones y pleitos innecesarios, urgiendo por tanto proceder a una modificación de la legislación.

A su turno, no puedo dejar de comentar, así sea brevemente, que el mismo Estatuto Anticorrupción al cual ya hice referencia ha generado debate en el tema que nos ocupa al convertir instituciones bien conocidas y solventes del derecho privado como son las multas y la cláusula penal pecuniaria en un extraño tipo de cláusulas especiales sancionatorias, parecidas a las cláusulas exorbitantes o excepcionales, tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico y propias del poder de señorío público.

En efecto, si bien no existe duda alguna de que es posible pactar en un contrato estatal cláusulas como las arriba mencionadas (multas y cláusula penal pecuniaria) lo que es bien extraño es que se conviertan en

16 Maria Teresa Palacio Jaramillo, “Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción”. *Revista Universidad de los Andes*, Pendiente de publicación (2020).

potestades de imperio de la administración y puedan ser declaradas de manera unilateral, mediante acto administrativo motivado como si se tratara de una cláusula excepcional al derecho común como es por ejemplo la de caducidad que si tiene esta virtualidad y que se hace ejecutiva y ejecutoria sin la participación de un juez.

Por si fuera poco, el artículo 90 del tantas veces citado Estatuto Anticorrupción ha complicado más las cosas creando una inhabilidad para el contratista que, en un periodo de tiempo determinado (3 años), se le impongan cinco o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos con una o varias entidades estatales, circunstancia esta que le quita la capacidad contractual a colaboradores que, por haberse retrasado en la ejecución de su proyecto, pierden por completo la capacidad y, por ende, no pueden actuar en el mundo público ni como oferentes, ni como contratistas, siendo menester que se termine las relaciones estatales existentes por limitantes sobrevinientes, afectándose no solo los contratos futuros sino aquellos en curso, golpeándose adicionalmente figuras asociativas como son los consorcios y uniones temporales al inhabilitar a sus miembros produciéndose verdaderos estragos en el normal devenir de relaciones contractuales que se desarrollaban correctamente.

Como se observa es urgente entrar en el análisis sosegado, prudente, pragmático y reflexivo sobre los efectos que está causando y puede causar un errado entendimiento del poder sancionatorio, en mi criterio absolutamente excepcional, de la administración frente a sus contratistas, privilegiando siempre la ejecución efectiva y eficaz de los proyectos que tanta importancia tienen en el crecimiento de nuestros países.

## 8. Bibliografía

Aristóteles. *La Política*. Madrid: Gredos, 1999.

Cassagne, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

García González, Jorge Ernesto. *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994.

Josserand, Louis. *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. Granada: Editorial Comares, 2018.

Mantilla Espinosa, Fabricio, Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa. *El arbitraje nacional frente a la corrupción*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2018.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Barón De. *El Espíritu de las Leyes (1748)*. Madrid: Sarpe, 1984.

Palacio Jaramillo, Maria Teresa. Necesidad de repensar las herramientas jurídicas en la lucha anticorrupción. *Revista Universidad de los Andes*, Pendiente de publicación (2020).

Palacio Jaramillo, Maria Teresa. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Revista de Derecho Público* n.º 14 (2002): 25-26.

Palacio Jaramillo, Maria Teresa. "El Transitorio 20 y las Políticas de Privatización", en *Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa*, editado por William Zambrano Cetina, 53-62. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994.

Sáchica, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Temis, 1976.

Sarria, Eustorgio. *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 1968.

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1953.